

باب الإيداع توكيل بحفظ مال شئ عليه لا إنكسرت في ثقل مثلها ويخلطها.

ص: باب الإيداع توكيل بحفظ مال ش: قال ابن عرفة: الوديعة بمعنى الإيداع نقل مجرد حفظ ملك ينقل. فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج حفظ الإيصاء والوكالة لأنهما لأزيد¹ [منه] وحفظ / الربع، وقول ابن الحاجب كابن شاس تابعين للغزالي: "استنابة في حفظ مال" يبطل عكسه ما دخل، وطرده ما خرج، وبمعنى لفظها متملك نقل [مجرد] حفظه ينقل وهو المستعمل في عرف الفقهاء، ولا يتناوله لفظ ابن شاس. انتهى. وقوله: "ينقل صفة" لقوله: "تملك" ولو قدم إليه لكان أبين ويدخل في حده استئجار حارس لمتاع ونحوه وإخراجه حفظ الربع من الوديعة غير ظاهر. قال في كتاب الهبة من المدونة: وإذا قلت [قبلت وقبضت] في الأرض الغائبة لم يكن حوزا، وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز إلا أن يكون له في يديك أرض أو دار أو رقيق بكرة أو عارية أو وديعة وذلك ببلد آخر فوهبك ذلك فإن قولك قبلت حوز. انتهى. وبهذا رد الوانوسي على ابن عرفة فقال: هذا ينقض قول ابن عرفة في مختصره ردا على ابن الحاجب إن حفظ الربع ونحوه مما لا ينتقل يبطل طرد حد ابن الحاجب. قال: ودعوى اللف والنشر في هذا المقام بعيد. اهـ.

وقال المشذالي: وجه النقض على ابن عرفة بمسألة المدونة، لأن ظاهر قوله: "أو وديعة" راجع إلى الأرض، وما ذكر معها فصح كون الربع عنده مما يصح إيداعه فبطل اشتراط كون المودع مما ينقل فيكون إذ ذاك مراد الدخول لا مراد الخروج، وأما قوله: "ودعوى [اللف]"⁴ إلى آخره فهو استبعاد لدفع مقدر، تقديره أن يقال لا نسلم صحة النقض، وقولكم إن وديعة راجع للجميع ممنوع، بل الكلام فيه لف ونشر، فقوله: "عارية" راجع إلى الأرض، وقوله: "أو وديعة" راجع إلى الرقيق. وقال المشذالي: وهذا وإن كان ممكنا إلا أنه بعيد كما قال لكونه على خلاف الظاهر، ولا دليل يصرف عنه فوجب الوقوف عنده. انتهى. ولم يذكر أحد إخراج العقار من حكم الوديعة. والله أعلم. وحكمها قال ابن عرفة هي من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة وقد يعرض وجوبها كخائف فقدها [الموجب]⁵ هلاكه أو [فقره]⁶ إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها وحرمتها كمودع شيء غصبه ولا يقدر القابل على جردها [لردها] لربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة، ولذا ذكر عياض في مداركه عن بعض الشيوخ أن من قبل وديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء. ابن شعبان: من سئل قبول وديعة ليس عليه قبولها وإن لم يوجد غيره.

قلت: ما لم يتعين عليه قبولها بهلاكها إن لم يقبلها مع قدرته على حفظها كرفقة فيها من يحترمه من أغار عليها أو ذي حرمة باحاضرة تعرض ظالم لبعض أهلها، وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحقيقه، وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحقيقه. انتهى. وانظر الذخيرة، وفي مسائل القابسي من البرزلي عن ابن الميمني أنه أتاه رجل من جيرانه يشاوره أن أحد هؤلاء القوم؛ يعني الولاة أو

- 1 - في المطبوع منهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 250 وم 93 ويحيى 116 والشيخ 202.
- 2 - في المطبوع مطلق وم 93 ويحيى 116 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 251 والشيخ 202.
- 3 - في المطبوع قبضت وبعث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 وم 93 ويحيى 116 والشيخ 202.
- 4 - في المطبوع الرد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 وم 95 ويحيى 117 والشيخ 202.
- 5 - في المطبوع لموجب ويحيى 117 والشيخ 203 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 وم 95.
- 6 - في المطبوع أو فقده وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 44 ويحيى 117 والشيخ 203.
- 7 - في المطبوع الردها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 والشيخ 203.

نص خليل

إِلَّا كَقَمَحٍ بِمِثْلِهِ أَوْ دَرَاهِمَ بَدَنَانِيرَ.

متن الخطاب

الغصاب أراد أن يستودعه مائة دينار، وذكر أنه لا يجد منه بدا فقال له ابن الميسري يا أخي إن كنت تقدر على غرمها فتأخذها منه وتتصدق بها على المساكين فإن سألك فيها غرمتها له ثم ذكر له أن أصحاب سحنون سألوا في كائنة تونس أن رجلا ذهب له فيها شيء وذهب له فيها ذهب وثوب ديباج فرآه يوما في يد جندي فلم يشك أنه ثوبه فاشتراه منه بسبع دنانير ثم مضى بالثوب فلما فتحه إذا هو غير ثوبه. ثم قال: فرجع إلى الجندي فقال يا هذا إنما ظننت أنه ثوبي فلذلك اشتريته فقال له لا عليك ورد الجندي يده إلى منطقته فصب منها دنانير فعد منها سبعة فأعطاهما له وانصرف. قال: فلم يختلف عليه أحد من أصحاب سحنون أن عليه أن يتصدق بالدنانير وبقيمة الثوب أيضا. قال الشيخ: لأنه رد الثوب إلى غير مالكة. انتهى.

فرع: يجب حفظ الوديعة من التلف ولو أذن ربها في التلف ويضمن إن فعل. قال ابن سلمون: وفي كتاب الاستغناء إذا قال رب الوديعة للمودع ألقها في البحر أو في النار ففعل فهو ضامن للنهي عن إضاعة المال كمن قال لرجل اقتلني أو ولدي. انتهى. ولا شك في الحرمة، وأما وجوب الضمان ففيه نظر، والظاهر دخول الخلاف فيه لإذن المالك في ذلك كمن أذن لرجل في قطع يده.

252

فرع: قال في كتاب الغصب من المدونة: ومن غصب شيئا ثم أودعه فهلك عند المودع فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدى. انتهى.

تنبيه: قال في الباب: أركانها ثلاثة: الصيغة والمودع والمودع. أما الصيغة فهي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على الاستنابة في حفظ المال. انتهى من الذخيرة. قال الشافعي: تفتقر للإيجاب والقبول كالوكالة، وأصلنا يقتضي عدم الاشتراط فيهما كما تقرر في البيع. انتهى. قوله فيهما أي في الإيجاب والقبول، ونزلت مسألة وهي أن رجلا كان جالسا فجاء إنسان فوضع أمامه متاعا ثم ذهب فقام الجالس وتركه فذهب المتاع فالظاهر ضمانه؛ لأن سكوته حين وضع المتاع يدل على قبوله للوديعة. والله أعلم. وقال ابن عرفة: المودع من له التصرف في الوديعة بملك أو تفويض أو ولاية كالقاضي في مال اليتيم والغائب والمجنون والمودع من يظن حفظه، والأظهر أن شرطها باعتبار جواز فعلها وقبولها حاجة الفاعل وظن صونها من القابل فتجوز من الصبي الخائف عليها إن بقيت بيده، وكذا العبد المحجور عليه، ويجوز أن يودعا ما خيف تلفه بيد مودعه إن ظن صونه بيد أحدهما لاحترامهما وثقتهما كأولاد المحترمين وعبيدهم عند نزول بعض الظلمة ببعض البلاد ولقاء الأعراب القوافل، والأصل في [هذا] النصوص [الدالة] على حفظ المال والنهي عن إضاعته. قال اللخمي: في البخاري ومسلم قال النبي صلى الله عليه وسلم {إن الله¹⁰ نهى عن إضاعة المال¹¹}. انتهى.

ص: إلا كقمح بمثله ودراهم بدنانير ش: قوله: "كقمح بمثله" شامل [لخلط¹¹] كل جنس بجنسه المائل له حتى الدراهم والدنانير بمثلها، وهي الصورة الأولى من الصورتين المستثنيتين من الضمان بخلط الوديعة والثانية هي التي أشار إليها الشيخ بقوله: "ودراهم بدنانير" وهي إذا خلط

الحديث

1- إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات وواد البنات ومنع وهات وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال. البخاري الجامع الصحيح، كتاب الاستقراض، ط. دار الفجر، رقم الحديث 2480.

- إن الله حرم ثلاثا ونهى عن ثلاث حرم عقوق الوالد وواد البنات ولا وهات ونهى عن ثلاث قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال، مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1715.

⁸ - في المطبوع في هذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252.

⁹ - في المطبوع الرافة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252 وم 95 والشيخ 204.

¹⁰ - ساقطة من المطبوع ومن م 95 وسيد 44 والشيخ 204 وقد وردت في ابن عرفة باب الوديعة ص 66 مخطوط بمكتبة أحمد سالك ولد أبوه.

¹¹ - في المطبوع لحفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252 وم 95 ويحيى 117 والشيخ 204.

لِلإِحْرَازِ ثُمَّ إِنْ تَلَفَ بَعْضُهُ فَبَيْنَكُمَا إِلَّا أَنْ يَتَمَيَّزَ.

نص خليل

الجنس بغير جنسه ولكن يمكن ميزه بسهولة. قال في الجواهر: الثالث من أسباب التقصير في الوديعة خلط الوديعة بما لا [تتميز¹²] عنه مما هو غير مماثل [لها¹³] كخلط القمح بالشعير وشبهه، فأما خلطها بجنسها المماثل لها جودة ورداءة كحنطة بمثلها أو ذهب بمثلها أو بما يتميز عنه ولا يختلط به كذهب بورق فلا يضمن. انتهى. وفي المدونة: من أودعته دنانير أو دراهم فخلطها بمثلها ثم ضاع المال لم يضمن، وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقي بينكما لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه ولو عرفت بعينها كانت مصيبة دراهم كل واحد منه ولا يغيرها الخلط، وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة، فإن كانت مثلها وفعل ذلك بها على الإحراز [والرفع¹⁴] فهلك الجميع لم يضمن، وإن كانت مختلفة ضمن، وكذلك إن خلط حنطتك بشعير ثم ضاع الجميع فهو ضامن لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها. انتهى.

مقن الخطاب

ص: للإحراز ش: قال ابن غازي: إنما ذكر هذا القيد في المدونة في الصورة الأولى، وأما الثانية فلم يذكره فيها أصلاً. انتهى. قال بعض الناس وهو خاص أيضاً ببعض أفراد الصورة الأولى وهو الحنطة ومشابهاتها وأما الدنانير والدراهم فلا يشترط فيهما الإحراز وهذا ليس بصحيح فقد قال أبو الحسن الصغير في قوله في المدونة المتقدم: ومن أودعته دراهم أو دنانير فخلطها [ما نصه الشيخ¹⁵] يعني على وجه الإحراز [والرفع¹⁶] لا على وجه التملك قاله أبو عمران في الطعام بعده. انتهى. ويعني - والله أعلم - بقوله: "قاله أبو عمران في الطعام بعده" أن أبا عمران لما تكلم على قوله في المدونة في الطعام وفعل ذلك بها على وجه الإحراز قال: وكذلك الدنانير والدراهم فإن القاضي كذلك فعل في التنبيهات، ونصه: قوله في خلط الحنطة إذا خلطها على وجه [الرفع¹⁷] [والإحراز¹⁸] فلا ضمان عليه.

تنبيه: إن خلطه بما يخلط إنما [لا¹⁹] يضمنه إذا كان لهذا وشبهه من النظر؛ لأن جمعها أحرز²¹ لها من تفريقها [وأرفق به²⁰] من شغل مخزنين بذلك وكرائهما وحفظهما، وهو المراد [بالرفع²²]، وأن الخلط إذا كان لغير هذا من تعد أو أخذها لنفسه أنه فيه ضامن ولا فرق في هذا بين الطعام والدراهم، وقوله: "لأن دراهم هذا تعرف من دراهم هذا" يدل على أنها مختلفة، وإن خلط الدراهم المختلفة لا يضمن فيها لأنها تتميز، وكذلك يجب لو خلط دنانير عنده وديعة بدراهم [له²²] في كيس لم يضمن. [اهـ²³] فتأمله تجده يدل على أن الإحراز قيد في الصورتين معاً. والله أعلم.

ص: ثم إن تلف بعضه فبينكما إلا أن يتميز ش: يشير به إلى ما تقدم عن المدونة. قال للخمى: وإذا خلط الدراهم أو الطعام بمثلها ثم ضاع بعد ذلك كانا شريكين في الباقي على قدر ما لكل واحد

253

الحديث

12 - * في المطبوع والشيخ 204 ويحيى 118 يتميز وما بين المعقوفين من الجواهر ج 2 ص 723 وفي م 94 تميز.

13 - * في المطبوع له وما بين المعقوفين من الشيخ 204 ويحيى 118 وم 94 وسيد 44 والجواهر ج 2 ص 723.

14 - في المطبوع والدفع وما بين المعقوفين من الشيخ 204 وسيد 44.

15 - ساقطة من المطبوع وم 95 ويحيى 118 والشيخ 204 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252.

16 - * في المطبوع الدفع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 95 وسيد 44.

17 - * في المطبوع الدفع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 95 وسيد 44 والشيخ 204.

18 - في المطبوع للإحراز وما بين المعقوفين من ن ذي ص 252 وم 95 ويحيى 118 والشيخ 204.

19 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252 وم 95 ويحيى 118 والشيخ 204.

20 - * في المطبوع أرفق بها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252.

21 - * في المطبوع بالدفع وما بين المعقوفين من م 95 والشيخ 204 وسيد 44 ويحيى 118.

22 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم 95 ويحيى 118 والشيخ 205.

23 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم 95 ويحيى 118 والشيخ 205.

نص خليل

وَبَائِنْتَفَاعِهِ بِهَا أَوْ سَفَرِهِ إِنْ قَدَرَ عَلَى أَمِينٍ إِلَّا أَنْ تُرَدَّ سَالِمَةً وَحَرَمَ سَلَفُ مُقَوِّمٍ وَمُعَدِّمٍ وَكَرِهَ النَّقْدُ وَالْبَيْلِيُّ كَالْتِّجَارَةِ وَالرَّيْحُ لَهُ.

متن الخطاب

منهما، ويتفق في هذا مالك وابن القاسم لأنهما كانا شريكين قبل الضياع بوجه جائز. انتهى. ونقله ابن عرفة، وخلاف مالك وابن القاسم المشار له هو ما ذكره في المدونة في تضمين الصانع، ونصه: قال [مالك²⁴] ومن اختلط له دينار مع مائة دينار لغيره، ثم ضاع من الجملة دينار فهما فيه شريكان صاحب الدينار بجزء من مائة جزء، وجزء [صاحب المائة بمائة جزء من مائة جزء، وجزء،²⁵] وقال ابن القاسم وابن [أبي²⁶] سلمة لصاحب المائة تسعة وتسعون ويقتسمان الدينار الباقي. [قال²⁷] ابن يونس: [يريد²⁸] ولو لم يبق إلا دينار واحد لقسم بينهما نصفين على قوليهما، لأن كل واحد يدعيه لنفسه. انتهى. وقال/ المذالي في حاشيته على هذا المحل: قال ابن سهل: ابن القاسم وابن أبي سلمة: وكذلك الشاة تختلط بغنم فنبهم. ثم ذكر مسألتين إحداها من سماع عيسى، والثانية من سماع يحيى من كتاب الوديعه، ثم ذكر مسألة من أُلغِز ابن فرحون فراجع. والله أعلم. فرع: إذا خلط الوديعه بما لا يجوز خلطها به وقلنا يضمن فليس معناه أنه لا [يضمنها²⁹] إلا إذا تلفت، بل يضمنها بمجرد الخلط يتبين ذلك بما قال اللخمي، ونصه: وإذا كان عند رجل وديعتان قمح وشعير فخلطهما ضمن لكل واحد مثل ما خلط له. انتهى. ص: وبانتفاعه بها ش: انظر إذا انتفع بها وردها سالمة هل يلزمه كراء مثلها أم لا؟ وسيأتي في أول الغصب عن التنبيهات ما يدل على أن عليه الكراء فراجع.

254

ص: وحرّم سلف مقوم ومعدم وكره النقد والمثلي ش: قال اللخمي: وكالمقوم ما يكال أو يوزن إذا كان يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله، ثم قال بعد أن ذكر الاختلاف في القمح والشعير والدرهم: وأرى أن ينظر إلى المودع، فإن كان يعلم منه أنه لا يكره ذلك فيما بينه وبين المودع أو معه كرم طبع جاز، وإن كان يعلم منه الكراهية لم يجز، لأنه لو حجر ذلك عليه من حين الدفع [أو قال أخرج عليك³⁰] إن تسلفتها لم يختلف في أنه ممنوع من الانتفاع بها، وإن أشكل أمره كره ذلك. انتهى. فرع: قال في الرسالة: "وإن باع الوديعه وهي عرض فربها مخير في الثمن أو القيمة يوم التعدي" قال الجزولي وغيره: وإن كان مكيلا أو موزونا فربه مخير في الثمن أو المثل، وقال ابن يونس في كتاب الوديعه: ولو كانت الوديعه طعاما أو سلعة فرب الوديعه مخير إن شاء أغرمه مثل طعامه وقيمة سلعته إن فات ذلك، فإن لم يفت أخذه بعينه، وإن شاء أخذ ما أخذ فيها من ثمن أو جارية أو غيره. انتهى. والله أعلم./

255

ص: كالتجارة والربح له ش: قال الشارح في الوسط: أي وكذا تحرم التجارة بالوديعه بغير إذن ربها، فإن تجر فربح كان الربح له، وقاله في المدونة، ونحوه في الشرح الصغير، والذي في المدونة إنما هو الكراهة كما هو ظاهر كلام المصنف، وعلى ذلك حملة في الكبير، ويوجد ذلك في بعض نسخ الوسط وهو الصواب، ونص المدونة: ومن أودعته مالا فتجر به فالربح له، وليس عليه أن يتصدق بالربح،

الحديث

24 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 453.
25 - ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في ن عدود ص 253 والشيخ 205 وسيد 44 والمدونة ج 8 ص 25.
26 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم 96 ويحيى 118 والشيخ 205.
27 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم 96 ويحيى 118.
28 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم 96 ويحيى 118 والشيخ 205.
29 - في المطبوع يضمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 254.
30 - في المطبوع أو قال لا حرج عليك وفي يحيى 118 أو قال أخرج عليك ولعلها أخرج وأقر الشيخ محمد سالم هذا التعليق.

نص خليل وَبَرئَ إِنْ رَدَّ غَيْرَ الْمُحَرَّمِ إِلَّا بِإِذْنٍ أَوْ يَقُولَ إِنْ احْتَجَجْتُ فَخُذْ وَصَمَنْ الْمَأْخُودَ فَقَطْ أَوْ يَقْلُ بِنَهْيٍ أَوْ يَوْضَعُ بِنُحَاسٍ فِي أَمْرِهِ بِفَخَّارٍ.

متن الخطاب [وتكره³¹] التجارة بالوديعة. قال أبو الحسن الصغير: وكذلك الوصي يتجر بمال الأيتام أن الربح له بخلاف المبضع معه والمقارض. قال عبد الحق: الفرق بينهما أن المبضع معه والمقارض إنما دفع المال إليهما على طلب الفضل فيه، فليس لهما أن يجعل ذلك لأنفسهما دون رب المال، والمودع لم يدخل على طلب الفضل، وإنما أراد حفظها له فله أصل المال دون الربح. صح من النكت. الشيخ: والوصي أيضا إنما عليه حفظ مال اليتيم. انتهى. وفي المدونة: ومن أبضغ معه ببضاعة يشتري بها شيئا فتجر فيها، فإن تلفت ضمن، وإن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة؛ لأن المبضع طلب الربح فليس للمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه، فإن تلف المال ضمن بتعديه، والمودع إنما قصد الحفاظ فقط فلم يكن له من الربح شيء. انتهى. وفي أول كتاب القراض من المنتقى ما نصه: ولم يختلف أصحابنا [في المبضع³²] معه المال يبتاع به لنفسه أن صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمه رأس المال لأنه إنما دفع إليه المال على النيابة عنه في عرضه وابتياح ما أمره به فكان أحق بما ابتاعه، وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه، فإن فات ما ابتاعه به فإن ربحه لرب المال وخسارته على المبضع معه. انتهى.

ص: وبرئ إن رد غير المحرم ش: هو كقول ابن الحاجب: وإذا تسلف مالا يحرم تسلفه ثم رد مكانها مثلها فتلف المثل برئ على المشهور. ابن عبد السلام: قيد المسألة بما لا يحرم تسلفه ليدخل فيه المكروه، ويخرج منه العرض وتسلف المعدم للعين، وفي خروج المعدم/ من ذلك نظر؛ لأن ربحها إنما يكره تسلفها للمعدم خشية أن لا يردها أو يردها بعسر، فإن ردها فقد انتفت العلة التي لأجلها منع من تسلفها. انتهى. ونحوه في التوضيح، وقال في المدونة: ولو كانت أي الوديعة ثيابا فلبسها حتى بليت أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها لأنه إنما لزمه قيمة ذلك. انتهى. أبو الحسن: مفهومه لو رد القيمة لبرئ وليس كذلك فإن ذمته لا تبرأ، سواء أوقف القيمة أو المثل. انتهى. والمشهور أنه يبرأ وقيل لا يبرأ ثالثا يبرأ إن ردها بإشهاد ورابعها يبرأ إن كانت منثورة، ولو كانت مضرورة ضمنها ولو ردها.

فرع: قال في التوضيح: وعلى المشهور فلا يصدق إلا بيمين. قاله أشهب وكذلك هو في الموازية. انتهى. وقال ابن عرفة: وعلى براءته في تصديقه في ردها دون يمين أو بها، ثالثا إن تسلفها بغير بينة صدق دون يمين، وإلا لم يصدق لقول الشيخ: لم يذكر في المدونة يمين مع قول الباجي ظاهرها نفيها والشيخ عن محمد مع ابن الماجشون في المنثورة والموازية، وذكر اللخمي الثالث اختيارا له، ولم أقف على من نص على إخراج المعدم من البراءة [إذا تسلف³³] النقد والمثلي ورده إلا ما يفهم من كلام ابن الحاجب، ولم ينبه على ذلك ابن عرفة ولا غيره.

256

الحديث

³¹ - في المطبوع والشيخ 205 ويكره وما بين المعقوفين من يحيى 119 وسيد 44 والتذهيب ج 4 ص 304.

³² - في المطبوع أن المبضع وما بين المعقوفين من المنتقى ج 7 ص 67.

³³ - في المطبوع إذا تلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 256.

نص خليل

لَا إِنْ زَادَ قُفْلًا أَوْ عَكْسَ فِي الْفَخَّارِ أَوْ أَمْرٍ بِرَبْطٍ بِكُمْ فَأَخَذَهَا بِالْيَدِ كَجَبِيهِ عَلَى الْمُخْتَارِ وَبَنَسِيَانَهَا فِي مَوْضِعٍ إِيْدَاعِهَا وَبَدْخُولِهِ الْحَمَامَ بِهَا وَبَخْرُوجِهِ بِهَا يَظُنُّهَا لَهُ فَتَلَفَتْ لَا إِنْ نُسِيَهَا فِي كَمِّهِ فَوَقَعَتْ وَلَا إِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَبِإِيْدَاعِهَا وَإِنْ بَسَفَرٍ.

متن الخطاب

ص: لا إن زاد قفلا ش: قال ابن الحاجب: وأقفل واحدا [فقفل³⁴] اثنين قولان. قال في التوضيح: القول بنفي الضمان لابن عبد الحكم، وهو الذي اقتصر عليه في الجواهر، وزاد إلا أن يكون في حاله إغراء للص فيضمن، والقول بالضمان مال إليه ابن يونس، ولا أعلمه منصوصا. انتهى. وقال في الشامل: وبقفل نهاه عنه واختير سقوطه لا إن لم ينهه أو زاد قفلا إلا في حال إغراء للص.

ص: وبنسيانها في موضع إيداعها إلى قوله لا إن نسيها في كمة فوقعت ش: هو كقول ابن الحاجب ولو نسيها في موضع إيداعها [ضمن بخلاف إذا نسيها في كمة فتقع وقيل سواء. قال في التوضيح: إذا نسيها في موضع إيداعها³⁵] فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب عليه الضمان، بخلاف ما إذا نسيها في كمة فلا ضمان عليه، وقيل سواء. قال في التوضيح: يحتمل في نفي الضمان، ولم أر ذلك في الأولى منصوصا نعم خرج جماعة من الثانية وخرجه اللخمي وابن رشد من المودع مائة دينار فيديعيها رجلان ونسي أيهما أودعه، ومن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين فاختلطا ولم يدر لمن الجيد منهما فقد اختلف هل يضمن لهما أو لا شيء عليه. اللخمي: والعذر بالنسيان أبين لأنه لا يعد بالنسيان مفرضا، ويحتمل أن يريد بقوله سواء أي في الضمان لكن لم أر من قال في الثانية بالضمان. والله أعلم. انتهى كلام التوضيح، ونقل ابن عرفة كلام ابن حبيب وابن الماجشون المتقدم، ونقل قبله عن ابن شعبان ما نصه: ولو أودعه بالطريق فمضى لحاجة قبل إحرازها فضاعت ضمن، ولو جعلها في كمة/ ملقاة لم يكن حوزا. انتهى. ثم قال ابن عرفة لما نقل كلام ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون: قوله في سقوطها من كمة خلاف ما تقدم في الزاهي، وبه يفسر كلام ابن الحاجب. انتهى. وقال في الشامل: ولو نسيها في محل إيداعها ضمن على المنصوص. ثم قال: لا إن نسيها في كمة فسقطت على الأصح. انتهى.

257

وقال ابن الفاكهاني في شرح الرسالة لما عد الأشياء التي توجب الضمان: السابغ النسيان، فلو نسيها في موضعه الذي أخذها فيه ضمن عند ابن حبيب، وكذلك لو نسيها فجعلها في كمة وهو يظن أنها له فتلفت فهو ضامن، وقال ابن عبد الحكم: إذا نسيها في مجلسه فضاعت لم يضمن. قال: وهذا الأصل مختلف فيه بين أصحابنا منهم من يجعل نسيانه جنائية، ومنهم من لا يرى ذلك. انظر الجواهر. انتهى كلامه. ونظرت الجواهر فلم أر فيها شيئا مما ذكره. والله أعلم.

ص: وبإيداعها وإن بسفر ش: يريد وإن لم يجد لها محملا معه إلا أن يعلم صاحبها أنه لا يجد لها محملا على مذهب المدونة خلافا لابن القاسم في أنه لا ضمان عليه إذا لم يجد لها محملا معه. قاله ابن رشد في رسم شك من سماع ابن القاسم من البضائع والوكالات، وفيه مسألة من أودع معه وديعة لبلد فعرضت له إقامة في الطريق قصيرة كالأيام أو طويلة كالسنة أو متوسطة كالشهرين، فإن بعثها في القصيرة ضمنها، وإن حبسها في الطويلة ضمنها وهو في المتوسطة مخير. هذا الذي ارتضاه ابن رشد، وجمع فيه بين أقوال مالك وأصحابه، وفي نوازل أصبغ من الكتاب المذكور مسألة تتعلق بهذا

الحديث

34 - في التوضيح، ج 6 ص 472 فأقفل اثنين فقولان.

35 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 256. وسيد 44 ويحيى 119 والشيخ 206.

لِغَيْرِ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ اعْتِيدَا بِذَلِكَ إِلَّا لِعَوْرَةٍ حَدَّثَتْ أَوْ لِسَفَرٍ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ وَإِنْ أُوْدِعَ يَسْفَرُ وَوَجَبَ الْإِشْهَادُ بِالْعُدْرِ وَبَرَّئَ إِنْ رَجَعَتْ سَالِمَةً وَعَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُهَا إِنْ نَوَى الْإِيَابَ وَيَبْعُثُ بِهَا وَبِإِنْزَائِهِ عَلَيْهَا فَمَتْنٌ وَإِنْ مِّنَ الْوَلَادَةِ كَأَمَةٍ زَوْجَهَا فَمَاتَتْ مِّنَ الْوَلَادَةِ وَبَجَحْدِهَا ثُمَّ فِي قَبُولِ بَيِّنَةِ الرَّدِّ خِلَافٌ.

نص خليل

متن الخطاب المعنى فراجعها، وانظر الشيخ أبا الحسن وابن يونس في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة وإن قال الرسول لم أجد الرجل فرددت إليك المال صدق قال هذا إذا كان في البلد معه [وأما³⁶] إن كان في غير البلد فهو متعدد في الرد لأن الواجب إذا لم يجده إيداعها انظر بقية المسألة، وفي النوادر من كتاب ابن المواز من أبضع معه ببضاعة فليس له أن يودعها غيره ولا أن يبعث بها مع غيره إلا أن تحدث له إقامة في بلد ولا يجد صاحبها ويجد من يخرج إلى حيث أمر صاحبها فله توجيهها، ثم قال: قال مطرف: ولو قال الأمر قد أمرتك أن لا تخرج من يدك ولا تدفعها إلى غيرك وأنكر ذلك المأمور فالمأمور مصدق وإن لم تقم بينة، وقاله ابن الماجشون وأصبع، وقال: قال مطرف فيه: ولو اجتهد في أنه أمين فإذا هو غير أمين فالضمان عليه. انتهى. ونص على هذا الأخير ابن رشد في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون وتقدم كلامه، وأما قوله إن المأمور مصدق فليس بمخالف لما قاله المصنف في باب الوكالة، "والقول لك إن ادعى الإذن أو صفة له"، وقد نص في سماع أصبع من كتاب الوديعة على أن القول قول رب الوديعة، ونقل المسألة في الذخيرة ولم يحكيها خلافاً. والله أعلم.

258

ص: لغير زوجة وأمة اعتيدتا [بذلك³⁷] ش: يعني فلا ضمان عليه، وعكس المسألة نص عليه/ المشذلي في حاشيته، ونصه: قوله [في المدونة³⁸] فدفعه لزوجه. انظر العكس. قال الوانوغوي: قال عياض: كان أبو جعفر يفتي بعدم ضمانها إذا ضاعت عنده كما لا يضمن هو ما ضاع عندها، وقال غيره تضمن هي ولا يضمن هو، وهو ظاهر المدونة المشذلي ما حكاه الوانوغوي عن عياض ذكره في المدارك، وأبو جعفر المشار إليه هو أحمد بن داود الصواف من علماء أفريقية. انتهى. وأشار ابن ناجي في شرح الرسالة إلى هذا.

فرع: رجل طلع إلى سقف فقال لصاحب الحانوت احبس لي هذا الفرو حتى أهبط فاحتاج صاحب الحانوت إلى القيام فقال لرجل آخر انظر الحانوت والفرو حتى آتي فضاع الفرو فأجاب الفقيه أبو الوليد هشام بن أحمد: على صاحب الحانوت الضمان، وهذا يأتي [على أن³⁹] الوديعة إذا أودعها غيره أنه ضامن إلا أن يكون عند إرادة سفر. قاله في مسائل ابن الحاج، ونقله ابن سلمون عنها.

فرع: منها رجل حمل بضاعة لرجل فجاء إلى موضع خوف في الطريق فحبسها بيده ثم نزل يبول فوضعها في الأرض، ثم قام ونسي ثم تذكر فرجع إلى الموضع فلم يجدها أو لا يدري أين وضعها؟ فقال ابن الحاج: أفقتيت أنا وابن رشد بأنه ضامن، وذكر لي عن الباجي أنه أفتى بأنه لا يضمن. انتهى. والله أعلم.

ص: وبإِنْزَائِهِ عَلَيْهَا ش: تصوره واضح. قال ابن ناجي في شرح الرسالة: ولو ختن المودع علجا

الحديث

³⁶ - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 257 ويحيى 120 والشيخ 207.

³⁷ - في م 96 والشيخ 207 لذلك.

³⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 258 وم 96 ويحيى 120 والشيخ 207.

³⁹ - في المطبوع على الوديعة وما بين المعقوفين من يحيى 120.

نص خليل

وَبِمَوْتِهِ وَلَمْ يُوصَ وَلَمْ تُوجَدْ إِلَّا لِكَعْشَرِ سِنِينَ وَأَخَذَهَا إِنْ ثَبَتَ بِكِتَابَةِ عَلَيْهَا أَنَّهَا لَهُ أَنْ ذَلِكَ خَطُّهُ أَوْ
خَطُّ الْمَيِّتِ وَيَسْعِيهِ بِهَا لِمَصَادِرِ وَيَمُوتُ الْمُرْسَلُ مَعَهُ لِبَلَدٍ إِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ وَيَكْلُبُ الشُّوبَ وَرُكُوبَ
الدَّابَّةِ وَالْقَوْلُ لَهُ أَنَّهُ رَدَّهَا سَالِمَةً إِنْ أَقَرَّ بِالْفِعْلِ وَإِنْ أَكْرَاهَا لِمَكَّةَ وَرَجَعَتْ بِحَالِهَا إِلَّا أَنَّهُ حَبَسَهَا عَنْ
أَسْوَاقِهَا فَلَكَ قِيَمَتُهَا يَوْمَ كِرَائِهِ وَلَا كِرَاءَ أَوْ أَخَذَهُ وَأَخَذَهَا وَيَدْفَعُهَا مُدْعِيًا أَنَّكَ أَمَرْتَهُ بِهِ وَحَلَفْتَ وَإِلَّا
حَلَفَ وَبَرَّيْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى الْأَمْرِ وَرَجَعَ عَلَى الْقَابِضِ.

متن الخطاب

أسلم عنده وهو يطيقه فمات من ذلك فإنه ليس بتعد اتفاقا، وسواء قلنا الختان سنة أو واجب. قاله
شيخنا أبو مهدي. انتهى. والله أعلم.

259

ص: وبموته ولم يوص بها ولم توجد إلا لكعشر/ سنين ش: هذا فيما إذا لم تكن الوديعة
بإشهاد مقصود به التوثق، وإما إن كانت كذلك فلا يسقط الضمان بطول الزمان كما نبه عليه ابن
عرفة، واعترض على إطلاق ابن الحاجب، وعلى سكوت شارحيه عليه. والله أعلم.
ص: وأخذها إن ثبت بكتابة عليها إنها له أن ذلك خطه أو خط الميت ش: فاعل ثبت هو قوله:
"أن ذلك خطه" وبكتابة متعلق بأخذها، ولو أخره لكان أبين وتقديره وأخذها بكتابة عليها أنها له إن
ثبت أن ذلك خطه أو خط الميت.

260

ص: وبدفعها مدعيا أنك أمرته [به⁴⁰] وحلفت وإلا حلف وبريء إلا ببينة على [الأمر⁴¹] ش:
قال في كتاب الوديعة من المدونة: ومن/ أودعته وديعة فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان ففعل،
وأنكرت أنت أن تكون أمرته فهو ضامن، إلا أن تقوم [له⁴²] بينة أنك أمرته بذلك. قال أبو الحسن:
قال سحنون: ويحلف ربها، فإن نكل حلف المودع وبرئ. قال أشهب: سواء أودعته ببينة أو بغير
بينة. صح من عياض، وفي المبسوط عن مالك أن لم يشهد ربها عليها بها صدق الرسول أنه أمره بذلك
ويحلف، وفي كتاب ابن حبيب لعبد الملك إن الرسول مصدق بكل حال كان ديناً أو صلة أنكره
القابض أو أقر به إلا أن يقول له اقض عني فلانا دينه علي فيضمن إن لم يشهد. انتهى.
فرع: فلو مات المودع وادعى المودع أنه أمره بدفعها إلى فلان فإنه يضمن ويحلف الورثة على العلم.
قال في المدونة في كتاب الصدقة: ولو دفعت في الصحة مالا لمن يفرقه في سبيل الله أو في الفقراء ثم مت
أنت قبل إنفاذه فإن أشهدت فإنه ينفذ ما فات وما بقي فهو من رأس المال، فإن لم يشهد فالباقي
لورثتك ولو فرق باقيه بعد موتك ضمن البقية لوارثك. قال أبو الحسن: قال عياض: معناه أن الورثة
مقرون بذلك، ولو نازعوه لضمن ما فرق وما بقي إن كان لم يشهد بعد أن يحلف منهم من يدعي علمه
ممن يظن به ذلك. الشيخ: أي نازعوه أن الميت لم يأمره بذلك. انتهى.
فرع: قال في المسائل الملقوطة: لا يجوز دفع الوديعة بأمانة أو بكتابة، فإن فعل وجاء المودع فأنكر
حلف ما أمره ولا كتب بذلك إليه، وأنه لا حق له عليه [وضمنه⁴³] مثلها أو قيمتها ثم يرجع

الحديث

40 - في الشيخ 208 وم 96 بذلك.

41 - في المطبوع الأمر وما بين المعقوفين من م 96 ويحيى 120 والشيخ 208.

42 - في المطبوع لك وما بين المعقوفين من ن ذي ص 260 وم 96 ويحيى 120 والشيخ 208.

43 - في المطبوع وضمنها وما بين المعقوفين من ن عود ص 260 وم 96 وسيد 45 ويحيى 121.

متن الخطاب المودع على القابض منه، ولا يمنعه من ذلك تصديقه فيما أتى به ولا معرفته بصحة ما جاء به وشهادته بذلك. قاله ابن سهل في كتاب الإقرار. انتهى. وذكر المسألة في موضع ثان. ثم قال: وكذلك المحال عليهم والوكيل حكمهم كذلك، ولا يجبروا بالدفع إلا ببينة على المرسل. انتهى. وذكر المسألة اللخمي في كتاب الوديعة بأن من هذا، ونصه: وليس على المودع أن يسلم الوديعة بأمانة المودع ولا بكتابته وإن اعترف المودع أنه خطه إلا أن يثبت الرسول عند الحاكم أنه خط المودع.

قال في كتاب محمد: لأن صاحب الحق لو كان حاضراً لم يجب له أخذها حتى يشهد له بما يبرأ به، يريد أن من حقه الإبراء وإشهاده على القبض لأنه لا يبرأ إذا جحد المودع إلا أن يعترف المودع أنه رضي لصاحبها بتسليمها بذلك أو رضي الآن بتسليمها فيلزم ما رضي به، وإن رضي أن يدفعها إلى الرسول بغير أمانة ولا كتاب والوديعة عين والمودع موسر جاز رضاه وألزم ما ألزم نفسه من ذلك، فإن أنكر المودع أن يكون أرسله قام المودع بالمثل ولم يكن على صاحبها في ذلك ضرر، وإن كانت عرضاً أو غير ذلك مما لا يقضى على متلفه بالمثل أو عينا والمودع معسر لم يجز رد رضاه، لأن في ذلك ضرراً على صاحبها إن قال لم أبعث، إلا أن يكون الرسول ثقة مأموناً ممن يغلب على الظن صدقه فيمكن من قبضها ويلزم الآخر ما رضي به، [وإذا⁴⁴] وقع الدفع بأمانة أو بكتاب من غير ثبت أو بقول الرسول خاصة، ثم قدم المودع فأنكر أن يكون بعثه كان القول قوله مع يمينه أنه لم يبعثه ولا كتب، ثم يكون بالخيار بين أن يغرم الرسول أو المودع، فإن غرم الرسول لم يرجع بها على المودع، واختلف إذا أغرمها المودع هل يرجع بها على الرسول؟ فقال ابن القاسم في المدونة: إذا صدق الرسول ودفع إليه ثم قدم الغائب وأنكر [وأغرم⁴⁵] المودع كان له أن يرجع بها على الرسول.

وقال أشهب في مدونته لا يرجع بها، وقال محمد بن المواز: إذا دفع بالكتاب أو بأمانة ثم أنكر المودع [وحلف ثم أغرم المودع⁴⁶] كان له أن يرجع على القابض، وعلى قول أشهب أنه لا يرجع، وإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وصدقه عليه وأنكر صاحبها ذلك، وأن يكون أذن له في خروجها عن يده كان القول قوله مع يمينه ثم يغرمها أيهما أحب، فإن رجع صاحبها على متلفها لم يرجع به

الغارم على الرسول، واختلف إذا رجع صاحبها على الرسول هل يرجع / الرسول على من قبضها منه؟ فعلى قول أشهب لا يرجع عليه، وقال عبد الملك يرجع، وأرى الرجوع في هذه الأسئلة الأربعة مفرعاً فيسقط رجوعه في كل موضع يعترف المودع أن القابض قبض بوجه صحيح، وأن المودع ظالم في إغرامه، ويرجع في كل موضع [يكون من القابض⁴⁷] على شك هل قبض بوجه صحيح أم لا؟ فإذا كان دفعه بخط المودع أو بأمانة أو بقوله ادفعها صدقة عليه لم يرجع، وإن كان دفعه بقول القابض أرسلني إليك

261

44 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 260 ويحيى 120 والشيخ 209.

45 - في المطبوع وغرم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 260 وم 96 ويحيى 121 والشيخ 209.

46 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 260.

47 - * علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب إما (يكون من القابض شك) وإما (يكون القابض على شك).

نص خليل

وَأِنْ بَعَثْتَ إِلَيْهِ بِمَالٍ فَقَالَ تَصَدَّقْتَ بِهِ عَلَيَّ وَأَنْكَرْتَ فَالرَّسُولُ شَاهِدٌ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِنْ كَانَ الْمَالُ بِيَدِهِ تَأْوِيلَانِ وَبِدَعْوَى الرَّدِّ عَلَى وَارِثِكَ أَوْ الْمُرْسَلِ إِلَيْهِ الْمُنْكَرِ.

متن الخطاب

رجع لأنه يقول حملت قولك على أنه مصدق لك ولو علمت أن المودع يخالفك لم أدفع إليك شيئاً. انتهى.

ص: وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به علي وأنكرت فالرسول شاهد وهل مطلقاً أو إن كان المال بيده تأويلان ش: قال في كتاب الوديعة من المدونة: وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به علي وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ويكون المال صدقة عليه، قال: كيف يحلف ولم يحضر؟ قال: كما يحلف الصبي إذا كبر مع شاهده في دين أبيه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله "كيف يحلف نقله ابن يونس. قيل لمالك: كيف يحلف؟ وانظر جعله يحلف هنا، وهل هي يمين غموس، أو إنما يحلف إذا تحقق ذلك عنده، أو غلب على ظنه؟ واختلف هل يحلف على غلبة الظن؟ على قولين ذكرهما اللخمي في كتاب الشهادات. انتهى.

فرع: قال في الشهادة من المدونة: ومن أودعك وديعة فشهدت عليه أنه تصدق بها على فلان أو أقر له بها حلف فلان مع شهادتك واستحقها إن كان حاضراً، وإن غاب لم تجز شهادتك إن كانت غيبته تنتفع أنت في مثلها. قال أبو الحسن: فإن كانت غيبة لا تنتفع في مثلها جازت الشهادة لارتفاع التهمة. انتهى. قال في النكت: سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا فقلت: رأيت إن قال للسلطان خذها من يدي لا أريد إمساكها؟ فقال: إن كان [قال⁴⁸] ذلك حين أتى يشهد قال للحاكم إن فلانا أودعني كذا وكذا وقد تصدق به على فلان الغائب فخذ فشهاده جائزة، وإن شهد ولم يذكر ذلك ثم أتى يقول هذا فيتهم أن يقول هذا لينفي الظنة عنه التي قد أبطلت شهادته. انتهى. قال أبو الحسن: ولو قدم الغائب فأراد أن يقوم بشهادته قال ابن شعبان: لا تقبل لأنها قد ردت. انظر اللخمي. انتهى.

ص: وبدعوى الرد على وارثك ش: قال ابن الحاجب: ولو ادعى الرد على الوارث لم يقبل، وكذلك دعوى وارث المودع لأنهما لم يأتماه كاليتم. ابن عبد السلام: وإذا كان الحكم كذلك في صورتين فأحرى أن يكون كذلك لو مات المودع ورب الوديعة معا وادعى وارث المودع رد الوديعة إلى وارث ربه. انتهى. وقال ابن عرفة: الشيخ عن الموازية: إن قال المودع أو العامل ردنا المال لوصي الوارث لموت رب المال لم يصدقا إلا ببينة أو إقرار الوصي ولو كان قبضهما بغير بينة؛ لأنهما دفعا لغير من قبضا منه. انتهى. وفي الجواهر: أما دعوى الرد على غير من ائتمنه كدعوى الرد على وارث المالك أو وكيله فلا تقبل إلا ببينة، وكذلك دعوى وارث المودع على المالك تفتقر إلى البينة، وسواء قبض في جميع هذه الصور الثلاث ببينة أو بغير بينة. انتهى.

ص: أو المرسل إليه المنكر ش: قال/ في الوديعة من المدونة: وإن دفعت إليه مالا ليدفعه إلى رجل فقال دفعته له وأنكر ذلك الرجل فإن لم يأت الدافع ببينة ضمن ذلك، قبض ذلك منه ببينة أو بغير بينة، ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمرته بغير بينة لم يضمن وإن لم تقم له بينة بالدفع إذا

262

الحديث

ثبت هذا الشرط . قال أبو الحسن الصغير في شرحه الكبير: مفهومه لو أقر لبرئ الدافع . انتهى.
[و⁴⁹] قال في المدونة بعد ذلك ببسیر: ومن [بعثت⁵⁰] معه بمال ليدفعه إلى فلان صدقة أو صلة أو سلفاً أو من ثمن مبيع أو لibtاع لك [به⁵¹] سلعة فقال دفعته [إليه⁵²] وكذبه الرجل لم يبرأ الرسول إلا ببينة. قال أبو الحسن الصغير: ومفهوم قوله: "فأكذبه" أنه لو صدقه لبرئ، وظاهره يعم جميع الصور، وذكر فيها السلف وفيه من أمانة إلى ذمة أما إن كان قائم الذمة فلا إشكال أنه يبرأ، وإن كان خرب الذمة فعلى ما تقدم، وعلى الصلة أو ثمن السلعة فلا إشكال أنه يبرأ بتصديقه. انتهى. وقوله: "على ما تقدم" يشير إلى كلام ابن رشد، وسيأتي إن شاء الله ملخصاً.

متن الخطاب

وقال في المدونة بعد هذا: وإن بعث من رجل ثوباً وبعثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض الثمن فقال قبضته وضاع مني فإن لم تقم للمشتري بينة بالدفع إلى رسولك ضمن، بخلاف من دفعت إليه مالا ليدفعه إلى رجل فقال دفعته إليه بغير بينة وصدقه الرجل هذا لا يضمن، قال أبو الحسن: ظاهره قبض ذلك إلى أمانة أو اقتضاء من حقه. عياض: اختلف في تأويلها، فقال ابن لبابة وغيره إن معنى المسألة أنه إذا صدقه المبعوث فهو مصدق والرسول بريء، سواء كان القابض لها قبضها من حق أو وديعة، وهو ظاهر الكتاب، وعليه اختصر أكثرهم، وهو بين في كتاب ابن حبيب، وقال حمديس إنما يجب على أصله فيما أقر به المبعوث إليه من حقوقه أو على وديعة هي قائمة في يده، وأما التي أقر بقبضها وادعى تلفها أو جحد القبض فلا يبرأ الرسول إلا ببينة على الدفع، وقاله جماعة من نظار الأندلس، ولفظه في الكتاب محتمل أن يكون من حق أو وديعة. انتهى. ونقل ابن عرفة هذين التأويلين عن عياض أيضاً والله أعلم.

وقال في المقدمات: من دفع الوديعة إلى غير اليد التي دفعتها إليه فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد، فإن لم يشهد فلا يصدق في الدفع إذا أنكر القابض، ولا أحفظ في هذا الوجه نص خلاف إلا ما قاله ابن الماجشون فيمن بعث ببضاعة إلى رجل مع رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها إليه وهو مصدق، وإن أنكر القابض كانت ديناً أو صلة ويمكن أن يكون قول ابن القاسم مثله بالمعنى في مسألة اللؤلؤ الواقعة في كتاب الوكالات فإن أقر بالقبض وادعى التلف فلا يخلو إما أن يكون قبض إلى أمانة أو إلى ذمة، فإن كان قبض إلى أمانة فاختلف في ذلك قول ابن القاسم، فقال فيها مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الأمر وهو قوله في الكتاب، وقال مرة لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال، وهو قوله في كتاب ابن المواز، وأما إن قبض إلى ذمة مثل أن يقول له ادفع الوديعة التي لي عندك إلى فلان سلفاً أو تسليفاً في سلعة أو إلى صانع يعمل فيها عملاً فإن كانت الذمة قائمة فإن الدافع يبرأ بتصديق القابض بلا خلاف، وأما إن كانت الذمة خربة فاختلف في ذلك؟ قيل إن الدافع يبرأ بتصديق القابض، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وقيل إنه لا يبرأ من تصديقه إياه لخراب

49 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 262 وم 97 ويحيى 121 والشيخ 210.

50 - في المطبوع بعث وما بين المعقوفين من يحيى 121 والتهذيب ج 4 ص 297.

51 - في المطبوع والشيخ 210 وسيد 45 وم 97 بها وما بين المعقوفين من يحيى 121 والتهذيب ج 4 ص 297.

52 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 262 ويحيى 121 والشيخ 210.

ذمته فصل وهذا التقسيم كله في دفع الأمانة، وأما [دفع ما ثبت⁵³] في الذمة فإن دفع ذلك إلى أمانة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف، ولا يبرأ إلا بإقامة البينة على معاينة الدفع أو يأتي قابض المال به. هذا نص ما في المدونة ولا أعرف في هذا خلافاً إلا أن يدخله الخلاف بالقياس على الأمانة، وإن دفع إلى ذمة فإن كانت قائمة فإنه يبرأ بتصديق القابض باتفاق، وإن كانت خربة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف إلا أن يقيم بينة على الدفع. هذا الذي يصح عندي على مذاهبهم ولا أعرف فيها نص خلاف/ إلا أن يدخلها الخلاف بالقياس على الأمانة، فهي أربعة وجوه: دافع من ذمة إلى ذمة، ومن أمانة إلى أمانة، ومن ذمة إلى أمانة، ومن أمانة إلى ذمة. انتهى مختصراً، لكنه بلفظه والله أعلم وقول ابن رشد: "إذا دفع من ذمة إلى أمانة لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف" يريد والله أعلم في غير الوكيل المفوض.

قال ابن الحاجب: أما لو لم يمت وأكذبه لم يصدق إلا ببينة، ولو صدقه المرسل إليه في قبضها منه ابن عبد السلام: يريد فلو لم يمت الرسول [و⁵⁴] دفع الوديعة إلى من أمره [ربها⁵⁵] [بذفعها⁵⁶] إليه وضاعت وأنكر ربها فإنه لا يصدق في دفعها إليه حتى يقيم البينة على معاينة الدفع، فإن لم يقمها ضمن، سواء صدقه المرسل إليه في قبضها منه أو لم يصدق في ذلك. انتهى. فقول المصنف المنكر مفهومه أنه لو لم يكن منكراً لا يضمن، وكأنه اعتمد ما تقدم عن المدونة، وما نسبه ابن رشد لابن القاسم فيها، وترك ما مشى عليه ابن الحاجب لقوة الأول ولا منافاة على هذا بين ما قال هنا وبين ما قاله في باب الوكالة، ولو قال غير المفوض قبضت وتلف برئ ولم يبرأ الغريم إلا ببينة؛ لأن ما قاله في الوكالة محمول على القسم الثالث في كلام ابن رشد وهو الدفع من ذمة إلى أمانة الذي صرح بنفي الخلاف فيه بدليل قول المصنف الغريم، ولذا قال الشارح هناك: يريد إذا قال الوكيل المخصوص قبضت ثمن ما بعث الخ فتأمل ذلك. والله أعلم.

تنبيه: في إطلاق المصنف على هذه المسألة دعوى الرد مسامحة، وإنما فيها دعوى إيصال الأمانة تنبيه ثان: قال في النكت: اعلم أن الرسول إذا شرط عليه أن لا يشهد على من يدفع إليه [ينفعه⁵⁷] وإذا شرط عليه أن لا يمين عليه لم ينفعه ذلك؛ لأن اليمين إنما ينظر إليها حين وجوب متعلقها، فكانه شرط سقوط أمر لم يجب بعد، بخلاف شرطه ترك الإشهاد، وذكره ابن حبيب فيما أراه. انتهى. وقد ذكر ابن رشد من هذا في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون مسألة المرتهن يأخذ الرهن على أن يضعه على يدي عدل، ويدعي أنه وضعه ويصدق على ذلك العدل أنه لا ضمان عليه، ويصدق على مذهب المدونة، وقال ابن عرفة: قلت: انظر هذا مع القول بالوفاء بشرط دعوى التصديق في دعوى عدم القضاء. انتهى. وسيقوله المصنف.

تنبيه: إطلاق المصنف هنا في الضمان مع عدم الإشهاد هو المشهور، ومقابله أنه إذا كان العرف عدم

53 - في المطبوع بثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 262 وم 97 ويحيى 122 والشيخ 211.

54 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 263 وم 97 ويحيى 122 والشيخ 211.

55 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في الشيخ 211 وسيد 45 وم 97 ويحيى 122.

56 - في المطبوع يدفعها وما بين المعقوفين من الشيخ 211 وسيد 45 ويحيى 122 وم 97.

57 - في م 97 نفعه.

كَعَلَيْكَ إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِهِ مَقْصُودَةٌ لَا يَدْعُو التَّلَفَ.

الإشهاد صدق المودع كما تقدم في باب الوكالة، وتقدم فيه أيضا أن تصديق رب المال لا يسقط الضمان مع عدم الإشهاد وكما هو ظاهر قراض المدونة، ولفظ ابن الحاجب هنا: إلا أن يدفع ذلك بحضرة رب المال فتأمله وراجع. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة إثر المسألة [الثانية؛⁵⁸] وهي قوله: من بعثت معه بمال ما نصه: وكذلك إن أمرته بصدقة على قوم معينين فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه، ولو أمرته بصدقة على غير معينين، صدق مع يمينه وإن لم يأت ببينة. انتهى. ابن يونس: يريد وإنما يحلف إذا كان متهما، ونقله أبو الحسن. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في كتاب الوديعة: وإن بعثت بمال إلى رجل ببلد فقدمها الرسول ثم مات بها، وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئا فلا شيء لك في تركة الرسول، ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته أنه لا يعلم لذلك سببا، ولو مات الرسول قبل أن يصل إلى البلد فلم يوجد للمال أثر فإنه يضمن ويؤخذ من تركته. انتهى. زاد في مختصر الوقار: فإن نكلوا غرموا. وقال فيه: فإن مات المبعوث بها إليه بعد وصول المبعوث بها معه إلى البلد وادعى دفعها إلى الرجل لم يقبل قوله إلا أن يأتي على دفعها ببينة، وإن وصل المبعوث بها معه إلى البلد ولم يوصلها إلى المبعوث بها إليه، ولم يذكر لها ذكرا حتى رجع إلى ربها وادعى تلفها فهو ضامن لها. انتهى من كتاب البضاعة منه. ونحوه في النوادر في كتاب الوكالات، ونصه: قال ابن حبيب: قال مطرف عن مالك: ومن أضعع مع رجل بضاعة وأمره أن يدفعها إلى آخر، وأشهد/ الأمر عليه أو لم يشهد، والبضاعة دين على الأمر أو على وجه الصلة فعلى المأمور أن يشهد على [الدفع،⁵⁹] وإلا ضمن إذا أنكر القابض أنه ما قبض منه شيئا أو كان ميتا أو ما أشبه ذلك من [غائبات⁶⁰] الأمور. انتهى.

ص: كعليك إن كانت لك بينة ش: قال في معين الحكام: إذا كانت الوديعة ببينة فادعى المودع رد الوديعة فعليه البينة وإلا ضمن بعد يمين ربها ولربها رد اليمين. انتهى. وفي [الوثائق⁶¹] المجموعة فإن زعم المستودع عنده المشهود عليه بالوديعة أنه رد الوديعة إلى ربها فعليه البينة بما زعمه ولا يبرئه قوله وله اليمين على ربها، فإن حلف ربها أنه لم يقبضها غرمها [المودع⁶²] عنده، وإن نكل ربها عن اليمين ردت اليمين على المودع، فإن حلف برئ، وإن نكل غرم. انتهى.

تنبيه: يشترط أن يعلم المودع أنه قصد المودع بالبينة التوثق. قال أبو الحسن: وقوله -يعني في المدونة-: إلا أن يكون قبض ذلك ببينة ظاهره وإن كانت بينة الاستعراء وليس كذلك، وأبو محمد هو الذي حرر هذا اللفظ في رسالته في قوله: "إلا أن يكون قبضها بإشهاد". ابن يونس: من أخذ الوديعة بمحضر قوم ولم

⁵⁸ - في المطبوع الثالثة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 122 وم 98 وسيد 45 والشيخ 212.

⁵⁹ - في المطبوع والشيخ 212 ويحيى 123 الدافع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 264 وم 98 والنوادر ج 7 ص 231
⁶⁰ - هكذا في ن عدود ص 264 وفي المطبوع غايات وصوبه الشيخ محمد سالم ب (غائبات) وهي التي في الشيخ 212 وسيد 45 وفي النوادر ج 7 ص 231.

⁶¹ - في المطبوع وثائق وما بين المعقوفين من سيد 45.

⁶² - في المطبوع للمودع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 264 وم 98 ويحيى 123 والشيخ 213.

نص خليل

أَوْ عَدَمَ الْعِلْمِ بِالتَّلْفِ أَوْ الضِّيَاعِ وَحَلَفَ الْمُتَّهَمُ وَلَمْ يُفِذْهُ شَرْطُ نَفْيِهَا فَإِنْ تَكَلَّ حَلَفَتْ وَلَا إِنْ شَرَطَ الدَّفْعَ لِلْمُرْسَلِ إِلَيْهِ بِلَا بَيِّنَةٍ وَيَقُولُهُ تَلَفْتُ قَبْلَ أَنْ تَلْقَانِي بَعْدَ مَنْعِهِ دَفْعَهَا كَقَوْلِهِ بَعْدَهُ بِلَا عُذْرٍ لَا إِنْ قَالَ لَا أُدْرِي مَتَى تَلَفْتُ وَبِمَنْعِهَا حَتَّى يَأْتِيَ الْحَاكِمُ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ لَا إِنْ قَالَ ضَاعَتْ مُنْذُ سِنِينَ وَكُنْتُ أَرْجُوهَا وَلَوْ حَضَرَ صَاحِبُهَا كَالْقِرَاضِ وَلَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ مِنْهَا لِمَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا وَلَا أَجْرَةٌ حِفْظُهَا بِخِلَافِ مَحَلِّهَا وَلِكُلِّ تَرْكُهَا.

متن الخطاب

يقصد إشهادهم عليه فهو كقبضه بلا بينة حتى يقصد الإشهاد على نفسه. اللخمي: إن كان القبض ببينة ليكون الرد ببينة لم يقبل قوله إلا ببينة، [و⁶³] إن كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته أو قال المودع أخاف أن يقول هي سلف [فأشهد لي⁶⁴] أنها وديعة وما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد التوثيق من القابض فيكون القول قوله في ردها بغير بينة، ولو تبرع المودع بالإشهاد على نفسه فقال أبو بكر بن زرب: لا يبرأ إلا بالإشهاد لأنه ألزم نفسه حكم الإشهاد، وقال ابن عبد الحكم هو مصدق. انتهى.

ص: [أو⁶⁵] عدم العلم بالتلف أو الضياع ش: كذا في أكثر النسخ، والصواب عدم العلم بالرد. قال في التوضيح: قال في البيان: يريد بعد أن يحلف ما هي عنده ولقد ردها إليه أو تلفت، وقال في آخر كتاب الوديعة من الذخيرة: قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا قال لا أدري أضاعت أو رددتها والقبض ببينة يضمن؛ لأن يده يد ضمان، وإنما أمن على الحفظ ولم يتحقق المبرىء. قال ابن عبد الحكم: ولو قال لك إن أودعتني شيئاً فقد ضاع وقبضه ببينة ليس عليه إلا يمينه لجزمه بانحصار الطارىء في الضياع. انتهى والمسألة في نوازل أصبغ من كتاب الوديعة. والله أعلم.

265

ص: وحلف المتهم ش: هذا فيما إذا ادعى/ التلف ولم يحقق ربهما عليه الدعوى أنها باقية. انتهى. انظر كتاب ابن حارث في باب الأمانة وابن جزى في باب الضمان بالتعدي والغصب، فإن نكل غرم ولا يرد اليمين. انظر ابن عرفة، وأما في دعوى الرد فإن القول قوله، إلا أن يكون قبضه ببينة، وإذا قبل قوله فقال في التوضيح الذي حكاه صاحب البيان وغيره أنه يحلف في دعوى الرد باتفاق. انتهى. وقال ابن عرفة: وحيث يقبل قوله في الرد فلا خلاف أنه بيمين، واعترض على ابن الحاجب في حكايته الخلاف في ذلك وقال وباشتمال كتابه على مثل هذا كان محققو شيوخوا ينكرون كتاب ابن الحاجب الفقهي. والله أعلم.

ص: وبمنعها حتى يأتي الحاكم إن لم تكن ببينة ش: تصويره ظاهر.

266

فرعان: الأول: قال في النوادر في آخر/ كتاب الوديعة: ومن كتاب ابن المواز ومحمد بن عبد الحكم قالا ومن أودعته وديعة ثم أقررت أنها لزيد الغائب، ثم طلبت قبضها فلك ذلك بالحكم، وليس إقرارك أنها لزيد يمنعك من قبضها في غيبة زيد لأنك الذي أودعتها وكذلك ما أودعته عند سفرك من وديعة أو مال أنت فيه وكيل وأنت مقر أن ذلك لفلان فلك أخذه وكذلك ما أنت وكيل على بيعه فبعته فلك

الحديث

63 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 264 وم 98 والشيخ 213.

64 - في المطبوع فاشهني وما بين المعقوفين من ن عدود ص 264 وم 98 ويحيى 123 والشيخ 213.

65 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 264 وم 98 ويحيى 123 والشيخ 213.

نص خليل

وَأَنْ أَوْدَعَ صَبِيًّا أَوْ سَفِيهًا أَوْ أَقْرَضَهُ أَوْ بَاعَهُ فَاتَّلَفَ لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ بِإِذْنِ أَهْلِهِ وَتَعَلَّقَتْ بِذِمَّةِ الْمَأْذُونِ عَاجِلًا وَبِذِمَّةِ غَيْرِهِ إِذَا عَتَقَ إِنْ لَمْ يُسْقِطْهُ السَّيِّدُ وَإِنْ قَالَ هِيَ لِأَحَدِكُمَا وَتَسَيَّيْتُهِ تَحَالَفًا وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا وَإِنْ أَوْدَعَ اثْنَيْنِ جَعَلَتْ بِيَدِ الْأَعْدَلِ.

متن الخطاب

قبض الثمن، فلو قدم مالك الوديعة فطلب أخذها منك وأنت مقر أن من أودعها عندك ذكر أنها لهذا الطالب فلك منعها من ربه إلا بشاهدين على إقرار مودعها بذلك؛ لأنك لا تبرأ منه إن جردها إلا بهذا أو يقوم شاهد معك فيقضي له السلطان بها أو بشاهد ذلك مع يمين طالبها، فإن لم يقض له بشيء ثم قدم من أودعها وقد غاب ربه فعليك دفعها إليه وإن علمت أنها لغيره، وكذلك لو كانت دارا فدفعها إليه فهدمها وأتلف نقضها فلا ضمان عليك إن جاء ربه لأنك غير متعد فيما فعلت، وكذلك لو أقررت أنه أمرك بدفعها إليه أو بدفع حق له عليك، وممر هذا في كتاب الوكالات وكتاب الإقرار الأول في باب من أقر [أن⁶⁶] الدين الذي له على فلان لفلان وفيه قول آخر. انتهى. [ونقله في الذخيرة.⁶⁷]

267

الثاني: قال في المسائل الملقطة: إذا دعا الزوج زوجته [لحاجته⁶⁸] ودعاها من له عندها وديعة فالزوج مقدم. انتهى.

ص: وإن أودع صبيا الخ ش: قال المشذالي في حاشيته في كتاب المديان: وقعت مسألة في وصي دفع مركبا له لمولى عليه في حجره وصرفه إلى الإسكندرية فمضى به المولى عليه [ورجع⁶⁹] فعطب في رجوعه فقال الوصي إنما أمرتك أن [تصيد⁷⁰] به وتبقيه فغررت ورجعت فعليك الضمان. قال أبو عمران: لا ضمان عليه لأن من أطلق يد سفيه على ماله أو رباعه أو أودعه وديعة فتعدى السفيه فلا شيء عليه، فليل جنابة الصبي لازمة له إلا فيما أطلق يده عليه، والوصي يقول إنما أطلقت يده في الأصول فقط، فبنفس الأصول انقطع تسليطي عليه فهو متعد. قال أبو عمران: هذا وإن كان كما قلت فهو قد بقي بيده كأن أودعه إياه حتى يبيعه، وقد قال مالك فيمن جعل للسفيه جعلًا في آبق فباعه إلى آخر ما في المدونة وذكر مسائل على هذا المعنى. انتهى.

ص: وإن أودع اثنين جعلت بيد الأعدل ش: قال في المدونة: ومن أودع رجلين وديعة أو [استبضعهما⁷¹] فليكن ذلك بيد أعدلهما كالمال بين الوصيين، وإن لم يكن في الوصيين عدل

268

خلعهما السلطان ووضع/ المال بيد غيرهما. قال ابن القاسم: ولم أسمع من مالك في الوديعة والبضاعة شيئا وأراه مثله. انتهى. قال في الذخيرة: قال في التنبيهات: لو اقتسمها لم يضمناها في ظاهر قول ابن القاسم والخلع عند عدم العدالة مختص بالوصيين؛ لأن الإيداع مشروع عند البر والفاجر ولا يوصى الفاجر، وقال القاضي إسماعيل هما بخلاف الوصيين، لا يكون عند أحدهما ولا ينزع منهما [ولا

الحديث

66 - في المطبوع أر وما بين المعقوفين من ن عود ص 267 وسيد 46 ويحيى 123 وم 98 والشيخ 213.

67 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 267 وم 98 ويحيى 123 والشيخ 213.

68 - في المطبوع لحاجة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 123 وم 98 وسيد 46 والشيخ 218.

69 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 267 وم 98 ويحيى 123 والشيخ 214.

70 - في المطبوع تسير وما بين المعقوفين من م 98 والشيخ 214 وسيد 46.

71 - في المطبوع استبضعها وما بين المعقوفين من التهذيب ج 4 ص 301.

باب صَحَّ وَتُدَبَّ إِعَارَةُ مَالِكٍ مُنْفَعَةٍ بِلَا حَجَرٍ وَإِنْ مُسْتَعِيرًا.

نص خليل

متن الخطاب

يقتسمانه ويجعلانه⁷² [حيث يثقان به وأيديهما فيه واحدة. انتهى.

باب العارية

ص: صح وندب إعارة مالك منفعة ش: قال ابن عرفة: الجوهرى: العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار، والعاراة مثل العارية؛ يقال هم يتعورون العواري بينهم، وقيل مستعار بمعنى متعاور أي متداول، وفي بعض حواشي الصحاح ما ذكره من أنها من العار، وإن كان قد قيل فليس هو الوجه، والصحيح أنها من التعاور الذي هو التداول، وزنها فعلية، ويحتمل أن تكون من عراه يعروه إذا قصده ويكون وزنها فاعولة أو فعلية على القلب، ولما ذكر ابن عبد السلام كلام الجوهرى قال أنكر عليه كونها منسوبة إلى العار؛ لأنه لو كان كذلك لقالوا يتعيرون لأن العار عينه ياء. قلت: في المخصص لابن سيده ما نصه: وتعورنا العواري وتعاورنا الشيء تداولناه، وقيل العارية من الياء لأنها عار على صاحبها وقد تعيروها بينهم. قلت: وهذا نص بأنها من ذوات الياء يرد إنكار ابن عبد السلام يتعيرون، ولكن قال ابن سيده في المحكم والعارية المنحة. قال بعضهم إنها من العار، وهو قول ضعيف غره قولهم يتعيرون العواري وليس على وضعه إنما هي معاقبة من الواو إلى الياء.

قلت: وقد يرد بأن الأصل عدم المعاقبة. انتهى. وفي رده على ابن سيده بمثل هذا نظر فتأمل. وفي القاموس: والعارية مشددة وقد تخفف والعاراة ما تداولوه بينهم، والجمع عواري مشددة ومخففة. انتهى. قال ابن عرفة: وهي مصدرا تملك منفعة مؤقتة لا يعوض فتدخل العمرى والاخذام لا الحبس، واسما مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض. [ونقض⁷³] طرداهما بإرث ملك منفعة وارثها ممن حصلا له بعوض لحصولهما للوارث بغير عوض منه، ويجب أن عموم نفي العوض لأنه نكرة في سياق النفي يخرجهما لأنهما بعوض لمالك العين من الميت، وقول ابن شاس وابن الحاجب: تملك منافع العين بغير عوض يبطل طرده بالحبس وعكسه بأنه لا يتناولها إلا مصدرا، والعرف إنما هو استعمالها اسما وهي الشيء المعار وهي من حيث ذاتها مندوب إليها؛ لأنها إحسان، والله يحب المحسنين، ويعرض وجوبها كغني عنها لمن يخشى بعدمها هلاكه، وحرمتها ككونها معينة على معصية، وكرهتها ككونها معينة على مكروه، وتباح لغني عنها، وفيه نظر لاحتمال كراهتها في حقه. انتهى. ونقل كلامه ابن ناجي.

فائدة: قال القرطبي في تفسير سورة آل عمران: من الغلول منع الكتب عن أهلها [قال: ⁷⁴] وكذا غيرها. انتهى بالمعنى.

ص: بلا حجر ش: مراده هنا بالحجر [ما هو⁷⁵] أعم من الحجر المتقدم في بابيه ليشمل ما إذا

الحديث

⁷² * - في المطبوع ولا يقتسمان ويجعلان وما بين المعقوفين من يحيى 124 وم 99 والشيخ 214 وسيد 46.

⁷³ - في المطبوع ويقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268 وم 99 ويحيى 124 والشيخ 214.

⁷⁴ - ساقطة من المطبوع ويحيى 124 وم 99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268 والشيخ 215.

⁷⁵ - ساقطة من المطبوع ويحيى 124 وم 99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268 والشيخ 215.

نص خليل

لَا مَالِكٌ انْتِفَاعٌ مِّنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ عَلَيْهِ عَيْنًا لِمَنْفَعَةٍ مُّبَاحَةٍ لَا كَذِمِّي مُسْلِمًا وَجَارِيَةً لَوْطِيٍّ أَوْ خِدْمَةٍ لِغَيْرِ مَحْرَمٍ أَوْ لِمَنْ لَا تَعْتِقُ عَلَيْهِ وَهِيَ لَهَا وَالْأَطْعِمَةُ وَالنُّقُودُ قَرْضٌ بِمَا يَدُلُّ وَجَارَ أَعْيَنِي بِغَلَامِكَ لِأَعْيُنِكَ إِجَارَةٌ وَصَيْنَ الْمَغِيبَ عَلَيْهِ إِلَّا لِبَيِّنَةٍ وَهَلْ وَإِنْ شَرَطَ نَفْيُهُ تَرَدُّدٌ لَا غَيْرُهُ وَلَوْ يَشْرُطُ وَحَلَفَ فِيمَا عَلِمَ أَنَّهُ بِلَا سَبَبِهِ كَسُوسَ أَنَّهُ مَا فَرَطَ وَبَرَى فِي كَسَرِ كَسَيْفٍ إِنْ شَهِدَ لَهُ أَنَّهُ مَعَهُ فِي اللَّقَاءِ أَوْ ضَرَبَ بِهِ ضَرْبَ مِثْلِهِ وَفَعَلَ الْمَأْذُونُ وَمِثْلُهُ وَدُونُهُ لَا أَضَرَّ وَإِنْ زَادَ مَا تَعَطَّبَ بِهِ فَلَهُ قِيمَتُهَا أَوْ كِرَاؤُهُ كَرْدِيفٍ وَاتَّبَعَ إِنْ أَعْدَمَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْإِعَارَةِ وَالْإِعَارَةُ وَلَزِمَتْ الْمُقَيَّدَةُ بِعَمَلٍ أَوْ أَجَلٍ لِانْقِضَائِهِ وَإِلَّا فَالْمُعْتَادُ وَلَهُ الْإِخْرَاجُ فِي كِبْنَاءٍ إِنْ دَفَعَ مَا أَنْفَقَ وَفِيهَا أَيْضًا قِيمَتُهُ وَهَلْ خِلَافٌ أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَشْتَرِهِ أَوْ إِنْ طَالَ أَوْ إِنْ اشْتَرَاهُ بِغَبْنٍ كَثِيرٍ تَأْوِيلَاتٌ وَإِنْ انْقَضَتْ مُدَّةُ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ فَكَالْغَصْبِ وَإِنْ ادَّعَاهَا الْأَخِيذُ وَالْمَالِكُ الْكِرَاءَ فَالْقَوْلُ لَهُ.

متن الخطاب

269

منع المعير المستعير من الإعارة فإنه ليس له الإعارة. قال ابن سلمون: العارية مندوب إليها، وتصح من كل مالك/ للمنفعة وإن كان ملكه لها بإجارة أو عارية ما لم يحجر عليه ذلك، ومن استعار شيئاً لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة، أو يكرهه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك. ص: لا مالك انتفاع ش: انظر ما نقله ابن غازي، وانظر كلام القرافي [في⁷⁶] الفرق الثلاثين وآخر كتاب العارية من الذخيرة، وما نقله عن النوادر، وانظر اللخمي في الوقف. ص: لمنفعة مباحة ش: انظر ما يستعار ليتجمل به في الأعراس هل هو من باب المتشبع بما ليس له؟ انظر الأبوي في كتاب الإيمان في حديث: {من ادعى دعوى كاذبة¹} وانظر المدخل. ص: وضمن المغيب عليه ش: قال في المقدمات: إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر على ردها. انتهى.

270

ص: لا غيره ش: يعني أنه/ لا يضمن ما لا يغاب عليه قال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة": وهو مصدق في هلاكه، ويحلف متهماً كان أو غير متهم. انتهى. وانظر كلام غيره في المسألة. فرع: قال في التوضيح: ابن المواز: وإذا قلنا لا يضمن الدابة فيضمن سرجها ولجامها. اللخمي: ولا يضمن العبد ولا ما عليه من الكسوة لأن العبد حائز لما عليه. انتهى. ص: إن شهد له أنه معه في اللقاء ش: هذا هو مذهب المدونة. ص: أو ضرب به ضرب مثله ش: هذا قول آخر حكاه ابن رشد أنه لا يصدق إلا أن يكون له بينة أنه ضرب به في اللقاء ضرباً يجوز له. قال: وهو أبعد الأقوال، ولا يحتاج إليه على القول الأول الذي صدر به المصنف، وهو مذهب المدونة. فرع: قال في التوضيح: اللخمي: وأما الرحي تستعار للطحن عليها فيأتي بها وقد [حفيت⁷⁷] فلا شيء عليه بالاتفاق.

271

ص: وإلا فالمعتاد/ وله الإخراج في كبناء ش: قال ابن غازي: قوله وإلا فالمعتاد هو خلاف ما في

الحديث

1- ليس على رجل نذر فيما لا يملك ولعن المومن كقتله ومن قتل نفسه بشيء في الدنيا عذب به يوم القيامة ومن ادعى دعوى كاذبة لينكثر بها لم يزد الله إلا قلة ومن حلف على يمين صبر فاجرة، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 110.

76 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 269 ويحيى 124 والشيخ 215.
77 - * في المطبوع جفيت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 270 ويحيى 124 وم 99 والشيخ 215.

المدونة إلا أن ابن يونس صوبه، وقوله: "وله الإخراج" وفاق لما في المدونة، وكلامه متناقض، وقد [عدهما⁷⁸] ابن الحاجب قولين، وقبله ابن عبد السلام وابن عرفة والمصنف، ولو قال فالمعتاد على الأرجح وفيها له الإخراج في كبناء الخ لأجاد. انتهى. وما قاله ابن غازي صحيح لا غبار عليه، وعلى ما ذكره المصنف في البناء هنا مشى في كتاب الشركة في مسألة إعارة الجدار وما بعده، وهو أحد الأقوال الستة التي حصلها ابن زرقون على ما قاله في التوضيح، [و⁷⁹] كأنه -والله أعلم- أشار به إلى أخذها من كلام ابن رشد، فإنه حصلها في رسم صلى نهارا من سماع ابن القاسم من الأقضية فراجع. وقال البساطي هنا: فإن قلت قوله: "والا فالمعتاد" يقتضي أن العارية لازمة إلى انتهاء المدة، وقوله: "وله الإخراج" ينافي ذلك، ولهذا لما قال ابن الحاجب: "والا فالمعتاد في مثلها" عبر بعد ذلك بقليل فقال: وقيل للمعار الإخراج" فجعلهما قولين، وقال الشارحان: الذي عبر عنه بقليل هو مذهب المدونة، والمصنف جمع بينهما.

قلت: هو تابع في ذلك للمدونة ويبين لك ذلك بنصها قال: ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس فلما فعل أردت إخراجها، فإن كان بقرب ذلك مما يرى أنه لا يشبه أن يعبر إلى تلك المدة فليس لك إخراجها إلا أن تعطيه ما أنفق فأنت ترى أنه جعلها لازمة إلى المدة، ولكنه جعل للمعير الإخراج بشرط أن يعطيه ما أنفق فليس بين الكلامين خلاف، فإن قلت فابن الحاجب جعله خلافا وقال الشارحان القول الأول لمطرف وغيره؟ قلت: هذا أيضا صحيح، واتفق مطرف والمدونة على أنها لازمة، ولكن مطرف يقول ليس له الإخراج ولو أعطى بخلاف المدونة، فكانا قولين بهذا الاعتبار. انتهى كلامه. وما قاله رحمه الله ليس بظاهر، فإنه إنما فرق في المدونة بين أن يطلبه بالقرب بعد ما يرى أنه أعار إلى مثله لأجل أنه ورطه حتى بنى، أما لو لم يبن أو كان المستعار مما لا يبني فيه ولا يغرس كالثوب والدابة والعبد لأخذه صاحبه قرب الأمد أو بعد. قال في المدونة إثر الكلام المتقدم في كلام البساطي: وقال في باب بعد هذا قيمة ما أنفق، وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد، وإن أردت إخراجها بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله فلك أن تعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعا، وإلا أمرت بقلعه، إلا أن يكون مما لا قيمة له إذا قلع ولا نفع فيه من حص ونحوه فلا شيء للباني فيه، وكذلك لو ضربت لعاريته أجلا فبلغه وليس لك إخراجها هنا قبل الأجل، وإن أعطيته قيمة ذلك قائما، وكذلك لو لم يبن ولم يغرس حتى أردت إخراجها فليس لك ذلك قبل الأجل ولو لم تضرب أجلا كان ذلك لك. انتهى. وقال ابن عرفة: للخمى: إن أجلت العارية بزمان أو انقضاء عمل لزممت إليه، وإن لم تؤجل كقولك أعرتك هذه الأرض أو الدابة أو الدار أو هذا العبد أو الثوب [ففي⁸⁰] صحة ردها ولو بقرب قبضها ولزوم قدر ما تعار له ثالثها إن أعاره ليسكن ويبني فالثاني، وإلا فالأول لابن القاسم فيها مع أشهب وغيرهما وابن القاسم في الديمياطية. انتهى. والله أعلم.

78 - في المطبوع عدها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 271 وم 99 والشيخ 215.

79 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 271 وم 99 والشيخ 215.

80 -* في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 271.

نص خليل

إِلَّا أَنْ يَأْنَفَ مِثْلُهُ كَزَائِدِ الْمَسَافَةِ إِنْ لَمْ يَزِدْ وَإِلَّا فَلِلْمُسْتَعِيرِ فِي نَفْيِ الضَّمَانِ وَالْكَرَاءِ وَإِنْ بَرَسُولٌ مُخَالَفٌ كَدَعَوَاهُ رَدَّ مَا لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ زَعَمَ أَنَّهُ مُرْسَلٌ لِاسْتِعَارَةِ حُلِيِّ وَتَلَفَ ضَمْنُهُ مُرْسِلُهُ إِنْ صَدَّقَهُ وَإِلَّا حَلَفَ وَبَرَى ثُمَّ حَلَفَ الرَّسُولُ وَبَرَى وَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْعَدَاءِ ضَمِنَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ فِي ذِمَّتِهِ إِنْ عَتَقَ وَإِنْ قَالَ أَوْصَلْتُهُ لَهُمْ.

متن الخطاب 272 ص: إلا أن يأنف مثله عنه ش: قال ابن الحاجب: إلا أن يكذبه العرف. ابن عبد السلام: / واعلم أن المراد بقوله: ما لم يكذبه العرف ليس هو إلا أن تكون عادة المالك أن يكري ما جرى بينهما النزاع فيه، بل مرادهم مع ذلك أن يكون شرفه يأبى الكراء من غيره ويأنف عن مثل هذا، ونحوه في التوضيح.

ص: كدعواه رد ما لم يضمن ش: قال ابن رشد في أول سماع عيسى من كتاب الرواحل والدواب: الأشياء المقبوضة من أربابها على غير وجه الملك إن قبضت لمنفعة القابض خاصة كالعواري والرهون، فالقابض ضامن لما يغاب عليه إلا أن يقيم البينة على التلف ومصدق فيما لا يغاب عليه أنه قد تلف مع يمينه إلا أن يتبين كذبه، وإن قبضت لمنفعة أربابها خاصة كالقبضات والودائع فالقابض لها مصدق في دعوى التلف دون يمين، إلا أن يتهم فيحلف عينا كان أو عرضا أو حيوانا، وإن قبضت لمنفعتيهما جميعا كالقراض والشيء المستأجر فكذلك؛ لأنه [يغلب⁸¹] منفعة [ربها⁸²] من جهة [أنه⁸³] أملك لمتاعه ولو شاء لم يدفعه وما يصدق فيه في دعوى التلف من الوديعة والبضاعة والقراض والشيء المستأجر وما لا يغاب عليه من الرهون والعواري فالقول قوله في دعوى الرد مع يمينه إلا أن يكون قبضه ببينة، وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في أول سماعه أن القول قول المستأجر في رد ما استأجره وإن قبضه ببينة، وكذلك يلزم في القراض والوديعة وما لا يصدق فيه في دعوى التلف مما يغاب عليه من العواري والرهون فلا يكون القول فيه قوله في دعوى الرد، وعليه إقامة البينة في ذلك إلا ما يدل عليه ما وقع في آخر رسم من سماع أبي زيد من الوديعة من أنه يصدق في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة. انتهى.

وقال في سماع أبي زيد المذكور: في هذه المسألة دليل على أن القول قول المرتهن في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة كالوديعة وذلك بعيد. ثم قال: [ولعله⁸⁴] إنما تكلم في هذه الرواية على الرهن الذي لا يغاب عليه [فتصح المسألة لأن الرهن الذي لا يغاب عليه⁸⁵] يصدق المرتهن في رده إذا قبضه بغير بينة كما يصدق في تلفه كالوديعة. انتهى. وقال في آخر رسم الرهن الثاني من المدونة من سماع عيسى من كتاب الرهن في شرح مسألة فيه، وهذا كما قال لأن ما لا يصدق في دعوى الضياع فيه من العواري والرهون التي يغاب عليها فلا يصدق في دعوى الرد فيه، سواء قبض ذلك ببينة أو بغير بينة، وهذا مما لا اختلاف فيه أحفظه في المذهب إلا ما وقع في آخر سماع أبي زيد من الوديعة فإن فيه دليلا على أنه يصدق في دعوى الرهن إذا قبضه بغير بينة وهو

الحديث

81 - في المطبوع يعقب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272 والشيخ 216 ويحيى 125 وم 100.

82 - في المطبوع أربابها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272.

83 - في المطبوع أنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272 والشيخ 216 ويحيى 125 وم 100.

84 - * في البيان ج 15 ص 313 فلعله.

85 - * ساقطة من المطبوع والشيخ 215 وم 100 وسيد 46 وقد وردت في يحيى 125 والبيان ج 15 ص 313.

نص خليل

فَعَلَيْهِ وَعَلَيْهِمُ الْيَمِينُ وَمُؤَنَّةٌ أَخَذَهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ كَرَدَّهَا عَلَى الْأَظْهَرِ وَفِي عَلَفِ الدَّابَّةِ قَوْلَانِ
باب الغُصْبِ.

متن الحطاب

بعيد، ولعله إنما تكلم على الرهن الذي لا يغاب عليه. انتهى. وعلى هذا ففي كلام المصنف إشكال [لإطلاقه.⁸⁶] انظر المقدمات في كتاب الوديعة والتوضيح في كتاب الوديعة في شرح قوله: "وإن ادعى الرد" [قبل مطلقاً⁸⁷]

273

مسألة: من استعار دابة ليحمل عليها شيئاً فوكل من يحمله عليها أو حمله عليها شريكه لم يضمن هو ولا شريكه، بخلاف لو تعدى أجنبي وحمل/ عليها ما استعيرت له فإن الأجنبي يضمن. قاله في كتاب الشركة من المدونة، وقال أبو الحسن: قال ابن حبيب: ومن استعار دابة لركوب أو حمل ثم ردها مع عبده أو غلامه فعطبت أو ضلت فلا يضمن؛ لأن شأن الناس على هذا، وإن لم يعلم ضياعها إلا بقول الرسول وهو مأمون أو غير مأمون ذلك سواء فلا يضمن.

ص: فعليه وعليهم اليمين ش: قال في رسم البراءة من سماع عيسى من العارية: ولو زعم الرسول أنه قد أوصله إلى الذين بعثوه وجحدوه لم يكن عليهم ولا عليه إلا اليمين ويبرؤون. انتهى. وقوله: "وجحدوه" الظاهر أن مراده جحدوا الإرسال، ولو أقروا به ضمنوا. والله أعلم.

ص: ومؤنة أخذها على المستعير كردها على الأظهر ش: تصوره ظاهر، وتقدم في الإقالة الكلام على حمل السلعة المقال منها. والله أعلم.

ص: باب الغصب ش: قال في الذخيرة: الغصب لغة قال الجوهري: أخذ الشيء ظلماً، غصبه منه وعليه سواء والاغتصاب مثله. انتهى. ثم قال صاحب المقدمات: التعدي على رقاب الأموال سبعة أقسام لكل قسم منها حكم يخصه، وهي كلها مجمع على تحريمها؛ وهي الحرابة والغصب والاختلاس والسرقة والخيانة والإدلال والجحد. انتهى.

فوائد: قال عليه السلام في خطبة ثاني النحر: {إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا¹} فورد سؤال وهو أن المشبه يجب أن يكون أخفض من المشبه به وهو هنا منحط عنه في نظر الشرع بكثير، وجوابه أن التشبيه وقع بحسب اعتقادهم فإنهم كانوا يعظمون البلد والشهر ويحتقرون الأمور المذكورة. انتهى بالمعنى من الذخيرة. ومنها أيضاً في أدلة الغصب قوله صلى الله عليه وسلم: {من غصب شهراً من أرض طوقه من سبع أرضين²} متفق عليه.

فائدة: قال العلماء لم يرد في السمعيات ما يدل على تعدد الأرضين إلا قوله تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَمِنَ الْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ﴾ وهذا الحديث وقيل المثلية في العظم لا في العدد فلا دلالة.

فائدة: قال البغوي: قيل [طوقه⁸⁸] أي كلف حمله يوم القيامة لا طوق التقليد، [وقيل⁸⁹] تخسف الأرض به فتصير البقعة المنصوبة في حلقه كالطوق قال: وهذا أصح لما في البخاري قال رسول

الحديث

1- أخرجه مسلم بهذا اللفظ، كتاب القسامة والمحاربين، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1679، والبخاري في صحيحه، كتاب المغازي، ط. دار الفجر، رقم الحديث 4406.

2- مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة بلفظ من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1612.

- البخاري في صحيحه، كتاب بدء الخلق بلفظ من ظلم قيد شبر طوقه من سبع أرضين، ط. دار الفجر 2005، رقم الحديث 3195. وانظر التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج 11 ص 240، ط. دار الفكر، فإنه نبه أنه لم يروه أحد منهم بلفظ من غصب.

⁸⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272 وم 100 ويحيى 125 والشيخ 217.

⁸⁷ - في المطبوع الرهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272 وم 100 ويحيى 125 والشيخ 217.

⁸⁸ * - في المطبوع طوقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 273.

⁸⁹ * - في المطبوع وقبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 273.

نص خليل أَخْذُ مَالٍ قَهْرًا تَعْدِيًّا بِلَا حِرَابَةٍ.

متن الخطاب

274 الله/ صلى الله عليه وسلم: {من أخذ من الأرض شبرا بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين¹} انتهى. وحديث البخاري هذا دليل أيضا على تعدد الأرضين، وقوله: "وقيل المثلية في العظم يظهر لي أنه ولو قيل به ففيه أيضا دليل على التعدد. والله أعلم. ومنها أيضا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق²} يروى بالتنونين في عرق على النعت وبعدهم على الإضافة، وفي النكت: عرق الظالم ما يحدثه في المغصوب. قال ابن شعبان: العروق أربعة: ظاهران البناء والغرس، وباطنان في الأرض الآبار والعيون. انتهى.

ص: أخذ [مال] قهرا تعديا بلا حرابة ش: هذا الرسم نحو رسم ابن الحاجب، وهو متعقب من وجهين: الأول أن فيه التركيب في قوله: "بلا حرابة" لأنه يتوقف على معرفة حقيقة الحرابة، والتركيب هو توقف معرفة [المحدود] على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه ولا أخص من أعمه، وقد اعترض به ابن عرفة على ابن الحاجب، وأصله لابن عبد السلام، ولم يعزه ابن عرفة له. الثاني أنه غير مانع لأنه يدخل فيه أخذه المنافع كسكنى ربع وحرثه وليس غصبا بل تعديا وهذا لابن عرفة أيضا، وحده بقوله: "الغصب أخذ مال غير منفعة ظلما قهرا لا بخوف قتال" فيخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكة وحراسته. انتهى.

وفي التنبيهات: الغصب في لسان العرب منطلق على أخذ كل ملك بغير رضا صاحبه من شخص أو مال أو منافع، وكذلك التعدي سرا أو جهرا أو اختلاسا أو سرقة أو جناية أو قهرا، غير أن الغصب استعمل في عرف الفقهاء في أخذ أعيان الممتلكات بغير رضا أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة، واستعمل [التعدي] عرفا في التعدي على عينها أو منافعها، سواء كان للمتعدى في ذلك يد [بإذن] أربابها أو لم يكن كالقراض والودائع والإجارة والصنائع والبضائع والعواري، وفرق الفقهاء بين الغصب والتعدي في وجوه منها أن الغاصب ضامن للسلعة يوم الغصب لأنه يوم وضع يده عليها بالتعدي، والمتعدي يوم التعدي والغاصب يضمن الفساد اليسير، والمتعدي لا يضمن إلا الكثير، وعلى المتعدي كراء ما تعدى عليه، وأجرته بكل حال عند مالك، وقال في الغاصب لا كراء عليه وفي كثير من هذه الأصول اختلاف من أصحابنا معلوم. انتهى. ويؤخذ منه أن من تعدى على دابة وديعة وركبها فعليه أجرته فتأمل. وقال في الذخيرة: قال بعضهم: الغصب رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهرا، وقيل وضع اليد العادية قهرا، وينبغي على التعريفين أن الغاصب من الغاصب غاصب على الثاني دون الأول لكونه لم يرفع اليد المستحقة. انتهى. وقال ابن عرفة: التعدي قال المازري: هو غير الغصب، وأحسن ما ميز به عنه أن التعدي الانتفاع بملك الغير بغير حق [دون قصد] تملكه.

الحديث

- 1- البخاري في صحيحه، كتاب بدء الخلق، رقم الحديث 3196، بلفظ من أخذ شيئا من الأرض بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أراضي.
- 2- الموطأ، كتاب الأقضية، ط. دار الكتب العلمية، ص 468.

⁹⁰ * - في المطبوع المال وما بين المعقوفين من الشيخ 218 وم 100 ويحيى 126.

⁹¹ - في المطبوع الحدود وما بين المعقوفين من سيد 46 والشيخ 218.

⁹² * - في المطبوع المتعدي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 274.

⁹³ * - في المطبوع بيد وما بين المعقوفين من الشيخ 218 وم 100 وسيد 46 وفي يحيى 126 في ذلك إذن أربابها.

⁹⁴ - في المطبوع قصد الرقبة أو اتلافه أو بعضه دون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 274 وم 100 ويحيى 127 والشيخ 218.

وَأَدَّبَ مُمَيِّزٌ كَمَدَّعِيهِ عَلَى صَالِحٍ وَفِي حَلْفِ الْمَجْهُولِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب قلت: وحاصل مسائل التعدي الانتفاع بمال الغير دون حق فيه خطؤه كعمده أو التصرف فيه بغير إذنه أو إذن قاض أو من يقوم مقامه لفقدهما، فيدخل تعدي المقارض وسائر الأجراء والأجانب. انتهى.

ص: وأدب مميّز ش: قال ابن الحاجب: ويؤخذ بحق المغصوب من مال الصبي المميز ويؤدب. انتهى. قال في التوضيح: ولا خلاف في تأديب البالغ، وأما غير البالغ فقال ابن عبد السلام ما ذكره المؤلف هو ظاهر المذهب للمتقدمين، وفي المقدمات لا يؤدب من لم يبلغ الحلم لقوله عليه السلام {رفع القلم عن ثلاث¹} وقيل يؤدب كما يؤدب في المكتب. انتهى. وقال في المقدمات: ويجتمع في الغصب حق الله وحق المغصوب منه، فيجب على الغاصب لحق [الله⁹⁵] تعالى الأدب والسجن على قدر اجتهاد الحاكم ليتناهى الناس عن حرمان الله، ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه. انتهى. ونقله في التوضيح، ونقله ابن ناجي في شرح الرسالة، وقال عقيبه: وما ذكره خالفه فيه المتيطي فقال لا يؤدب إن عفا عنه المغصوب منه. انتهى فتأمله. والله أعلم.

275

تنبيه: قال ابن عرفة: والغصب بين الكافرين كالغصب بين المسلمين ابن شعبان وكذا بين الزوجين وبين الوالد وولده وفي اغتصاب الوالد من ولده خلاف وبهذا أقول. انتهى. ونحوه في المقدمات، ويستوي في حكمه الأحرار البالغون من أهل الذمة والمسلمين القرابة والأجنبيين إلا الوالد من ولده والجد للأب من حفيده فقيل لا يحكم لهم بحكم الغاصب الأجنبي لقوله عليه السلام: {أنت ومالك لأبيك²} انتهى. قال البرزلي إثر نقله قول ابن شعبان: وبهذا أقول.

قلت: وهو الذي ارتضاه الباجي في سنن الصالحين، وروى فيه حديثاً وأشعاراً [لعموم قوله⁹⁶] عليه السلام: {أنت ومالك لأبيك³} وقوله عليه السلام: {خير ما يأكله⁹⁷] الإنسان من كسبه وولده من كسبه} وظاهر قول مالك أنه لا يجوز له القدوم عليه ابتداءً إلا من ضرورة، فإن فعل فلا يطلب منه ما يطلب من الأجانب من القطع والأيمان عند الإنكار والقتل في باب التغليظ إلى غير ذلك، وحكم الجد جار على إلحاقه بالأب، وفي المذهب مسائل تشهد للقولين. انتهى من أول مسائل الغصب. والله أعلم.

ص: كمدعيه على صالح وفي حلف المجهول قولان ش: قال في كتاب الغصب منها: ومن ادعى على رجل غصبا وهو ممن لا يثبت بهذا عوقب المدعي، وإن كان متهما [بذلك⁹⁸] نظر فيه الإمام وأحلفه، فإن نكل لم يقض عليه حتى يرد اليمين على المدعي كسائر الحقوق. انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قال ابن يونس: الناس في هذا على ثلاثة أوجه فإن كان المدعي عليه الغصب ممن يليق به ذلك هدد وسجن، فإن لم يخرج شيئا حلف، وفائدة تهديده لعله يخرج عين ما غصب إذا [كان⁹⁹] يعرف بعينه، وأما ما لا يعرف [بعينه¹⁰⁰] فلا فائدة في تهديده إذ لو أخرج بالتهديد

الحديث

1- أبو داود في سننه، كتاب الحدود، رقم الحديث 4403.

2- عن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال يا رسول الله إن لي مالا وولدا وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال: "أنت ومالك لأبيك". ابن ماجه في سننه كتاب التجارات، رقم الحديث 2291، بلفظ إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم.

3- ابن ماجه في سننه كتاب التجارات، رقم الحديث 2290، بلفظ إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم.

- الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، رقم الحديث 1363، بلفظ إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم.

- أبو داود في سننه، كتاب البيوع، رقم الحديث 3528، بلفظ أن من أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه.

- النسائي كتاب البيوع، ج 7 ص 240، بلفظ أن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وأن ولده من كسبه.

95 - في المطبوع والله وما بين المعقوفين من م 101 ويحيى 127 والشيخ 218 وسيد 47.

96 - في المطبوع لقوله وما بين المعقوفين من ن عود ص 275 وم 101 ويحيى 127 والشيخ 219.

97 - في المطبوع بملكه وما بين المعقوفين من م 101 ويحيى 127 والشيخ 219 وسيد 47.

98 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 275 وم 101 ويحيى 127 والشيخ 219.

99 - في المطبوع يعرف عينه وأما وما بين المعقوفين من ن عود ص 275 ويحيى 127.

100 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 275 ويحيى 127.

متن الخطاب ما لا يعرف بعينه لم يؤخذ منه حتى يقر آمنا، وإن كان من وسط الناس لا يليق به سرقة لم يلزمه يمين، ولا يلزم رامي به بذلك شيء، وإن كان من أهل الدين والخير لزم القائل بذلك الأدب. [أهـ.¹⁰¹] وقال في آخر كتاب السرقة من النكت: قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا: المتهم بالسرقة على ثلاثة أوجه؛ [فتمتيز¹⁰²] بالعدالة والفضل لا شيء عليه، ويؤدب له المدعي عليه، ومتهم معروف بهذا فيحلف ويهدد ويسجن على قدر ما يرى الحاكم فيه من الاجتهاد، ورجل متوسط الحال بين هذين يكون عليه اليمين. انتهى.

وقال اللخمي في تبصرته: ومن ادعى عليه الغصب كان الحكم في تعلق اليمين والعقوبة راجعا إلى حال المدعى عليه، فإن كان معروفا بالخير والصالح عوقب المدعي، وإن لم يكن معروفا بذلك وأشكل حاله لم يعاقب المدعي ولم يحلف المدعى عليه، وإن كان ممن يشبه ذلك وليس معروفا به حلف ولم يعاقب المدعي، وإن نكل حلف المدعي واستحق، وإن كان معروفا بالتعدي والغصب حلف وضرب وسجن، فإن تمادى على الجحود ترك، واختلف إذا اعترف بعد التهديد على ثلاثة أقوال؛ فقليل لا يؤخذ بإقراره، عيّن المدعى فيه أو لم يعينه لأنه مكره، وقيل إن عين أخذ به، وإن لم يعين لم يؤخذ بإقراره، وقال سحنون يؤخذ بإقراره، عيّن المدعى فيه أو لم يعينه.

قال: ولا يعرف ذلك إلا من ابتلي به، يريد القضاة [ومشابههم.¹⁰³] يقول إن ذلك الإكراه كان بوجه جائز، وإن كان من الحق عقوبته وسجنه لما عرف من حاله أخذ بإقراره وإنما [الإكراه¹⁰⁴] الذي لا يؤخذ به ما كان ظلما أن يهدد ويضرب من لا يجوز فعل ذلك به، وقد أجمع الناس على [أن¹⁰⁵] من أسلم بعد القتال والسيوف أنه مسلم كالطائع بغير إكراه لأنه إكراه بحق، ولو أكره/

ذمي على الإسلام لم يكن إسلامه إسلاما إن رجع عنه [وادعى¹⁰⁶] أن ذلك كان للإكراه؛ لأن الزمة التي عقدت لهم تمنع من إكراههم، فإكراههم على ذلك ظلم. انتهى. وفي الفصل الثالث من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون في دعاوى بالتهم والعدوان ما نصه: إذا كان المدعى عليه بذلك ليس من أهل تلك التهمة فهذا النوع لا تجوز عقوبته اتفاقا، واختلف في عقوبة المتهم له على قولين، والصحيح منهما أنه يعاقب. ثم قال في آخر الفصل: قال الباجي: وإذا كان المدعى عليه مجهول الحال فظاهر ما في المذهب يقتضي أن الأدب على المدعى عليه وعليه اليمين، وفي الواضحة ما يقتضي أنه يخلو سبيله دون يمين، وقد أطال رحمه الله في هذا الفصل الكلام، فقول المؤلف: "وفي حلف المجهول قولان" يشير إلى كلام ابن يونس المتقدم وكلام الباجي الذي نقله ابن فرحون، وانظر ما ذكره البساطي رحمه الله. والله أعلم.

276

101 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275.

102 - في المطبوع فمبرز وم 101 ويحيى 127 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275 والشيخ 219.

103 * - في المطبوع والشيخ 219 وما شابههم وما بين المعقوفين من يحيى 128.

104 - في المطبوع الاقرار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275 وم 101 ويحيى 128 والشيخ 219.

105 - ساقطة من المطبوع والشيخ 219 وسيد 47 وقد وردت في يحيى 128 وم 101.

106 * - في المطبوع وإن ادعى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 276.

نص خليل

وَصَمِينٌ بِالْإِسْتِيلَاءِ وَإِلَّا فَتَرَدُّدُ كَأَن مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَبْدٌ قِصَاصًا أَوْ رَكِبَ أَوْ ذَبَحَ أَوْ جَحَدَ وَدِيعَةً أَوْ أَكَلَ بِلَا عِلْمٍ.

متن الخطاب

فرع: قال في ثاني مسألة من سماع يحيى من كتاب الغصب فيمن عرف بالغصب لأموال الناس: فسئل صاحب الحق البينة على أنه غصبه ما يدعيه فلا يجدها على حضور الغصب ومعاينته، لكنهم إنما كانوا يعرفون الحق للمدعي إلى أن صار بيد الظالم لا يدرون كيف صار إليه، إلا أن صاحب الحق كان يشكو إليهم أنه غصبه، أو سمعوا ذلك من جيرانهم، أو لا يذكرون شيئاً إن ذلك يوجب للمدعي أخذ حقه، إلا أن يأتي الظالم ببينة على اشتراء صحيح أو عطية ممن كان يأمن ظلمه، أو يأتي [بوجه حق¹⁰⁷] ينظر فيه، فإن جاء بالبينة على أنه اشترى فزعم البائع أن ذلك البيع كان خوفاً من شره وهو ممن يقدر على العقوبة إن امتنع من مبايعته قال: أرى أن يفسخ ذلك البيع إذا ثبت أن المشتري موصوف بما زعم البائع من استتالته وظلمه، وأنه قد عمل ذلك بغيره.

قلت: فإن زعم البائع أنه إنما دفع إليه الثمن في العلانية ثم دس إليه من يأخذه منه سرا ولو لم يفعل ذلك لقي منه شراً قال: لا أرى أن يقبل قوله وعليه دفع الثمن بعد أن يحلف الظالم بالله لقد دفع إليه الثمن ثم لم يرتجعه ولم يأخذه منه بعد دفعه إليه. قال ابن رشد: أما ما ذكره من أن الظالم المعروف بالغصب لا ينتفع بالحيازة وإن طالت فلا أعلم فيه خلافاً، وأما إن ثبت الشراء ودفع الثمن فادعى البائع أنه أخذه منه في السر فهو مدع، فوجب أن يكون القول قول الغاصب، وقد روي عن يحيى أن المشتري إذا عرف بالعداء والظلم أن القول قول البائع مع يمينه، وقاله ابن القاسم. وقع ذلك في بعض الروايات، وهو إغراق إذا أقر أنه دفع إليه الثمن ثم ادعى أنه أخذه منه، وأما لو لم يقر بقبض الثمن وقال إنما أشهدت له على نفسي بقبضه تقية على نفسي لأشبهه أن يصدق في ذلك مع يمينه في المعروف بالغصب، وإنما يكون قول يحيى من تصديق البائع فيما ادعى من أنه دس إليه من أخذ منه الثمن في السر إذا شهد له أنه قد فعل ذلك بغيره. وبالله التوفيق. انتهى.

ص: وضمن بالاستيلاء ش: تصوره واضح. سئلت عن رجل غصب بغيراً أو سرقه ثم إنه ضل منه فجعل جعلاً لمن يأتيه به، فأتاه به شخص فأخذه وغاب فهل لرب الجمل مطالبة الذي أتى بالجمل بعد هروبه أم لا؟ فأجبت بأنه إن كان عالماً بأنه غصبه أو سرقه فإنه ضامن، وإن لم يعلم بذلك فلا ضمان عليه. أخذنا من مسألة الوكيل يتعدى ويوكل غيره [حيث¹⁰⁸] لا يجوز له، فقد ذكر ابن رشد في نوازل هذا التفصيل. والله أعلم.

ص: [أو ذبح¹⁰⁹] ش: قال/ ابن الحاجب: وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها، وقال محمد: إذا لم يشوها فلربها أخذها مع أرشها. قال ابن عبد السلام: ظاهره أنه ليس له في القول الأول إلا قيمتها، وبعد ذبحها [إفاته¹¹⁰] مطلقاً، وهو ظاهر ما حكاه غيره، وقال بعضهم عن ابن القاسم إن ربها مخير بين أخذ قيمتها أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة. انتهى. وقال ابن عرفة: الجلاب:

277

الحديث

¹⁰⁷ - في الشيخ 220 وسيد 47 بحق بوجه وكذا في عدود ص 276 نسخة.

¹⁰⁸ - في المطبوع فحيث وما بين المعقوفين من يحيى 128 وم 101 وسيد 47 والشيخ 220.

¹⁰⁹ - في المطبوع أو ذبح شاة وما بين المعقوفين من يحيى 128 وم 101 وسيد 47 والشيخ 220.

¹¹⁰ - في المطبوع إفاته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 277 وم 101 ويحيى 128 والشيخ 220.

نص خليل

أَوْ أَكْرَهَ غَيْرَهُ عَلَى التَّلَفِ أَوْ حَفَرَ بُئْرًا تَعْدِيًّا وَقَدِّمَ عَلَيْهِ الْمُرْدِي إِلَّا لِمُعَيَّنٍ فَسَيَّانٍ أَوْ فَتَحَ قَيْدَ عَبْدٍ لِنَاءً
يَأْبَقُ أَوْ عَلَى غَيْرِ عَاقِلٍ إِلَّا بِمُصَاحَبَةِ رَبِّهِ أَوْ حِرْزًا الْمُثْلِيَّ وَلَوْ بَغْلَاءٍ بِمِثْلِهِ وَصَبَرَ لَوْجُودِهِ وَلِبَلَدِهِ وَلَوْ
صَاحِبَهُ وَمُنِعَ مِنْهُ لِلتَّوَقُّتِ وَلَا رَدَّ لَهُ.

متن الخطاب

من غصب شاة فذبحها ضمن قيمتها وكان له أكلها، وقال محمد بن مسلمة لربها أخذها، ويضمن الغاصب ما بين قيمتها مذبوحة وحية، ثم ذكر كلام ابن الحاجب [كلام¹¹¹] ابن عبد السلام، ثم قال ما ذكره من أن ذبحها فوت يوجب قيمتها لا أعرفه في الذبح نصا، بل تخريجا مما حكاه المازري فيمن طحن القمح ثم ذكره. ثم قال: وقوله: "قال بعضهم عن ابن القاسم إن ربها مخير" ظاهره أنه لم يقف عليه نصا لابن القاسم، وفي رسم الصبرة وذكر فيه عن ابن القاسم أنه يخير. ثم قال: قبله ابن رشد، ولم يزد شيئا، ولا ذكر في أن لربها أخذها مذبوحة خلافا. انتهى. وما ذكره ابن عرفة صحيح، فقد شرح التلمساني كلام الجلاب المتقدم بأن ربها مخير، وذكر ابن رشد في أجوبته في أوائل كتاب الجامع في المسألة التي تكلم فيها على معاملة مَنْ مَالُهُ حَرَامٌ أو بعضه أن رب الشاة مخير، ولم يذكر في ذلك خلافا، وذكر أنه لا يجوز شراؤها من الغاصب، وحصل هناك قاعدة وهي إن ما فات عند الغاصب ولم يكن لربه أخذه بلا خلاف فهذا يكره له شراؤه، وما كان في فواته خلاف، والقول بعدم الفوات ضعيف فيكره وتشتد الكراهة، وما كان في فوته خلاف قوي فلا يجوز شراؤه، وكذا ما كان ربه مخيرا في أخذه لا يجوز شراؤه. انتهى. ونقل ذلك البرزلي في مسائل الغصب وكلام ابن ناجي في شرح كتاب الاستحقاق من المدونة يقتضي أنه لم يقف على كلام ابن رشد، وكذلك ابن عرفة. والله أعلم.

278

ص: أو أكره غيره على التلف ش: انظر/ نوازل سحنون من كتاب الغصب وسماع ابن القاسم في رسم حمل صبيا من كتاب الأيمان بالطلاق وكتاب الإكراه في النواذر وكلام القراني في شرح المحصول وكلام ابن يونس في أوائل الوديعه. وقال في المسائل الملقوطة: العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء، يجب ضمانها وهو من خطاب الوضع، ولا يشترط فيه التكليف والعلم، فلا فرق في الإتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعالم، ولا يلتفت للضرب والحبس وغير ذلك من أنواع التهديد، والإكراه في مال نفسه ينفعه الرجوع فيه. انتهى. وقال النووي: اتفق العلماء على أنه لو جاء ظالم يطلب إنسانا مختفيا ليهتكله أو يطلب وديعة لإنسان ليأخذها غصبا فسأل عن ذلك وجب على من علم ذلك إخفاؤه وإنكار العلم به. انتهى. وذكر ابن ناجي في باب جمل من الفرائض أن الكذب الواجب هو الذي لإنقاذ مسلم أو ماله. انتهى.

279

ص: المثلي ولو بغلاء بمثله ش: هذا إذا فات، أما إذا كان الشيء المغصوب موجودا وأراد ربه أخذه وأراد الغاصب إعطاء مثله فلربه أخذه. قال ابن رشد في أول كتاب الجامع من نوازل: / إذا كان الحرام عند أخذه لم يفت رُدُّ بعينه إلى ربه ومالكه، وسواء كان له مال حلال أو لم يكن يعني للغاصب، ولا يحل لأحد أن يشتريه منه إن كان عرضا، ولا يبايعه فيه إن كان عينا، ولا يأكله إن

الحديث

¹¹¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 277 وم 102 ويحيى 128 والشيخ 220.

متن الخطاب كان طعاما، ولا يقبل منه شيئا هبة، ولا يأخذه منه في حق كان له عليه، ومن فعل شيئا من ذلك وهو عالم كان سبيله سبيل الغاصب في جميع أحواله، وكذا إن فات عند الغاصب ولم يذهب بأمر من السماء أو بجناية من غير الغاصب عليه لأن ذلك لا يقطع تخيير صاحبه [في¹¹²] أخذه، وكذلك أيضا لو أفاته الغاصب إفاته لا تقطع تخيير صاحبه في أخذه مثل أن يكون شاة فيذبحها أو بقعة فيبنيها دارا أو ثوبا فيخيطه أو يصبغه أو ما أشبه ذلك، ولو أفاته إفاته تلزمه بها القيمة أو المثل فيما له المثل ويسقط خيار ربها في أخذها عند بعض العلماء كالفضة يصوغها حليا، والصفير يفعل منه قدحا والخشب يصنع منه توابيت وأبوابا والصوف والحريير والكتان يعمل من ذلك ثيابا وما أشبه ذلك لما جاز أيضا لأحد أن يشتريه ولا أن يستوهبه، بخلاف من يقول من العلماء إن لرب هذه الأشياء أن يأخذ الفضة مصوغة والصفير معمولا والخشب مصنوعا والثياب منسوجة دون شيء يكون عليه للغاصب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: {ليس لعرق ظالم حق¹}. انظر بقية كلامه.

تنبيه: قال في التوضيح في كتاب الصرف عن ابن القاسم إنهم اتفقوا على أن الدنانير والدرهم تتعين بالنسبة إلى من كان ماله حراما أو كان في ماله شبهة، فإذا أراد من هو من أهل الخير أخذ عين دنانيره ودرهمه من الغاصب الذي ماله حرام أو في ماله شبهة مكن من ذلك باتفاق، ثم قال: وانظر الاتفاق الذي حكاه المصنف مع قول ابن الجلاب ومن غصب دراهم فوجدها ربها بعينها وأراد أخذها وأبى الغاصب أن يردها، وأراد رد مثلها فذلك للغاصب دون ربها. قاله ابن القاسم. انتهى.

قلت: ذكر ابن عرفة عن ابن شاس أنه إذا أراد الغاصب إعطاء ربها غير عينها فإن افترقا في الحل والتحريم أو الشبهة فلربها أخذ عينها اتفاقا، وإلا فالمشهور كذلك. انتهى. وما ذكره عن ابن الجلاب ذكره هو في باب الغصب. وقال بعده: وقال بعض أصحابنا وهو الشيخ أبو بكر الأبهري ذلك لربها دون غاصبها، وقال غيره لم يقل ذلك ابن القاسم في الغصب وإنما ذكره في البيوع لأن البيع بها واقع على صفة؛ لأنها لا تراد لعينها ولا غرض في ذلك، وأما المغصوب فله غرض في أخذ عين ماله لأنه حلال، ومال الغاصب حرام، فكيف يمنع من ذلك؟ ولم يقله ابن القاسم فيه، وإنما تأول عليه في هذا قوله في البيع ولا شبهة. انتهى. وقال الشيخ سليمان البحيري بعد أن ذكر كلام التوضيح: وما نقله ابن الجلاب عن ابن القاسم هو خلاف المشهور. انتهى. وذكر التلمساني في شرح الجلاب والقراقي عن المدونة في كتاب الشفعة ما يدل على أن لربها أخذها، والذي لابن القاسم في البيع هو ما في كتاب السلم فيمن أسلم [في طعام¹¹³] ثم أقالك قبل التفرق ودرهمك في يده، فأراد أن يعطيك غيرها فذلك له وإن كنت شرطت استرجاعها بعينها. انتهى. فعلم مما تقدم أنه ليس للغاصب أن يحبس المثلي حيث لم [يحصل¹¹⁴] فيه مفوت [ويدفع¹¹⁵] مثله. والله أعلم.

الحديث 1- أبو داود في سننه، كتاب الخراج والفيء، رقم الحديث 3073، وأصله في البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، رقم الحديث 2335.

112 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 279 ويحيى 129 والشيخ 221.

113 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 279 وم 102 ويحيى 129 والشيخ 222.

114 - * في المطبوع يجعل وما بين المعقوفين من م 102 ويحيى 129 والشيخ 222 وسيد 47.

115 - في المطبوع ولم يدفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 279 وم 102 ويحيى 129 والشيخ 222.

نص خليل

كَاجَازَتِهِ بَيْعُهُ مَعِيًّا زَالَ وَقَالَ أَجَزْتُ لظَنِّ بَقَائِهِ كَنَقَرَةٍ صِيغَتْ وَطِينٌ لُبْنٌ وَقَمَحٌ طُحْنٌ وَبَذَرٌ زُرْعٌ وَبَيْضٌ أَفْرَجٌ إِلَّا مَا بَاضَ إِنْ حَضَنَ وَعَصِيرٌ تَخْمَرٌ وَإِنْ تَخَلَّلَ خَيْرٌ كَتَخَلَّلَهَا لِذِمِّيَّ وَتَعَيَّنَ لِغَيْرِهِ وَإِنْ ضَيَّعَ كَغَزَلٌ وَحَلِيٌّ وَغَيْرُ مِثْلِيٍّ فِقِيمَتُهُ يَوْمَ غَضَبِهِ وَإِنْ جَلَدَ مِيتَةً لَمْ يُدْبَغْ أَوْ كَلَبًا وَلَوْ قَتَلَهُ تَعَدَّى وَخَيْرٌ فِي الْأَجْنَبِيِّ فَإِنْ تَبِعَهُ تَبِعَ هُوَ الْجَانِي فَإِنْ أَخَذَ رَبُّهُ أَقْلًا فَلَهُ الزَّائِدُ مِنَ الْغَاصِبِ فَقَطَّ وَلَهُ هَدْمٌ بِنَاءً عَلَيْهِ.

متن الحطاب

280 ص: كإجازته بيعه معييا زال وقال/ أجزت لظن بقائه ش: قال في المدونة: ومن غصب أمة بعينها بياض فباعها ثم ذهب البياض عند المبتاع فأجاز ربها البيع، ثم علم بذهاب البياض فقال إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهاب البياض، وأما الآن فلا أجزه فلا يلتفت إلى قوله، ولزمه البيع، وقال أبو الحسن الصغير لم يلتفت إلى قوله وإن كان صادقا في قوله، وانظر قوله: "ثم ذهب البياض عند المبتاع" فمفهومه لو ذهب عند الغاصب لكان الحكم خلاف هذا. ابن يونس: قال بعض الفقهاء، لو ذهب عند الغاصب وأجاز البيع لانبغى أن يكون له متكلم؛ لأن البيع وقع على غير الصفة التي يعرفها فيقول إنما أجزت البيع على ما كنت أعرف. ابن يونس: لأنه يقول إنما أجزت بيع جارية عوراء بهذا الثمن، ولو علمت أن بياضها قد زال قبل البيع ما بعثها بمثل هذا الثمن، وأما التي بيعت عوراء فقد بيعت على ما كان يعرف فقد رضي بتسليمها على ذلك الحال فلا حجة له. ابن يونس: ويحتمل أن يقال لا حجة له في الوجهين؛ لأنه لو شاء استثبت ولم يعجل وهي حجة مالك في الأولى، وقال عبد الحق لا حجة له في الوجهين، وقول مالك: "لو شاء لم يعجل" يعم الوجهين. انتهى كلام أبي الحسن.

ص: وعصير تخمر ش: قال اللخمي: وفي ثمانية أبي زيد من تعدى على جرة عصير فكسرها فإن دخله عرق خل ولم يتخلل غرم قيمته على الرجاء والخوف بمنزلة الثمرة، وإن ظهر أنه خمر ولم يدخله عرق خل فلا شيء عليه لأنه كسره في حين لو علم به لم يحل إمساكه. انتهى.

ص: وإن صنع كغزل وحلي وغير مثلي ش: قال بعضهم إنه رأى خط المؤلف بالضاد المعجمة والياء التحتية مبنيا للنائب، وهو ظاهر، أشار به/ إلى أن الغاصب إذا غصب غزلا ثم ضاع ذلك الغزل إما بسبب ذلك الغاصب أو بغير سببه فإنه يلزم غرم قيمته، وهذا الذي صدر به ابن الحاجب، وكذلك الحلي إذا غصبه وتلف فإنه يلزم غرم قيمته، ونبه بالغزل والحلي على مذهب ابن القاسم في المثلي إذا دخلته الصنعة أنه يصير من المقومات، وكذلك أيضا المثلي الجزاف؛ يعني به أن ما كان من المثليات إذا كان لا يباع بكيل ولا وزن ولا عدد وإنما يباع جزافا فغصبه أحد وتلف كان عليه القيمة؛ لأنه صار من المقومات حيث لم يحصر مما ذكر.

281

ص: فقيمته يوم غصبه ش: يعني أن المصوب المقوم أو ما في حكمه مما تجب فيه القيمة إنما تعتبر القيمة فيه يوم الغصب. هذا هو المذهب، وقال أشهب تلزمه أعلى قيمة مضت عليه من [يوم¹¹⁶] غصبه إلى يوم تلفه، ونقله ابن شعبان عن ابن وهب وعبد الملك.

ص: ولو قتله بعداء ش: كذا في بعض النسخ بعداء بباء الجر [الداخله¹¹⁷] على عداء وهو بفتح العين المهملة والمد. قاله في الصحاح. وهو تجاوز الحد في الظلم، وفي بعض النسخ ولو تعدى بالتاء المثناة من

الحديث

¹¹⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 281 وم 102 ويحيى 130 والشيخ 223.

¹¹⁷ * - في المطبوع الدخلة وما بين المعقوفين من الشيخ 223 ويحيى 130 وم 102 وسيد 47.

نص خليل

وَعَلَّةٌ مُسْتَعْمَلٌ وَصَيْدٌ عَبْدٌ وَجَارِحٌ وَكَرَاءُ أَرْضٍ بُنِيَتْ كَمَرْكَبٍ نَخِرٍ وَأَخَذَ مَا لَا عَيْنَ لَهُ قَائِمَةٌ وَصَيْدٌ شَبَكَةٌ وَمَا أَنْفَقَ فِي الْعَلَّةِ وَهَلْ إِنْ أَعْطَاهُ فِيهِ مُتَعَدِّدٌ عَطَاءً فَبِهِ أَوْ بِالْأَكْثَرِ مِنْهُ وَمِنْ الْقِيَمَةِ تَرَدُّدٌ وَإِنْ وَجَدَ غَاصِبَهُ بِغَيْرِهِ وَغَيْرِ مَحَلِّهِ فَلَهُ تَضْمِينُهُ وَمَعَهُ أَخْذُهُ إِنْ لَمْ يَحْتَجْ لِكَيْفَرِ حَمَلٍ لَا إِنْ هَزَلَتْ جَارِيَةٌ أَوْ نَسِيَ عَبْدٌ صَنْعَةً ثُمَّ عَادَ.

فوق، ويعني أنه يضمن المقوم بقيمته يوم غصبه ولو كان الغاصب قتل المغصوب تعدياً منه، وهذا قول ابن القاسم وأشهب، وقال سحنون وابن القاسم في أحد قوليه له أخذه بقيمته يوم القتل كالأجنبي. ص: وغلة مستعمل ش: هذا هو المشهور أنه/ يضمن غلة ما [استعمله واستغله¹¹⁸] من رباغ وحيوان، وهو خلاف مذهب المدونة، فإنه قال في كتاب الغصب إنه لا يرد غلة العبيد والدواب، وقال في كتاب الاستحقاق: ولا يرد غلة الحيوان مطلقاً، وما مشى عليه/ المصنف. قال في التوضيح: صرح المازري وصاحب المعين [وغيرهما¹¹⁹] بتشهيره، وشهره ابن الحاجب، وقال ابن عبد السلام هو الصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين.

فرع: من غصب منفعة دار واستأجر منه رجل تلك المنفعة فلربها أخذ [الاجرة¹²⁰] من الغاصب أو من المستأجر، عالماً كان أو جاهلاً، كما لو غصب طعاماً وباعه واستهلكه المشتري فلرب الطعام أن يضمن من شاء منهما، بخلاف ما إذا غصب الرقبة وأكراها. قاله في نوازل عيسى من كتاب الغصب. ص: وهل إن أعطاه فيه متعدد عطاء [فيه¹²¹] أو بالأكثر منه ومن القيمة تردد ش: يعني أن من كان له متاع أو سلعة أو شيء [فتسوق¹²²] به فأعطاه فيه ناس متعددون ثمناً، ثم تعدى عليه شخص فغصبه ذلك الشيء واستهلكه فهل يضمن الغاصب لرب المتاع ذلك الثمن الذي أعطي فيه أو يضمن الأكثر منه ومن القيمة؟ تردد. هذا حل كلامه، والمسألة في سماع ابن القاسم من كتاب الغصب، ونصها: قال مالك في رجل تسوق فيعطيه غير واحد ثمناً، ثم يعدو عليه رجل فيستهلكها قال: أرى أن يضمن ما كان يعطى بها ولا ينظر في قيمتها. قال: وذلك إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس ولو شاء أن يبيع به باع. [قال سحنون: ¹²³] [لا¹²⁴] يضمن إلا قيمتها. قال عيسى: يضمن الأكثر من القيمة والثمن. انتهى. وظاهر كلام العتبي وابن يونس أيضاً أن المستهلك لا يضمن إلا ما أعطي فيها، سواء زاد على القيمة أو نقص، وكلام ابن رشد خلافه، فأشار بالتردد لترددهم في فهم كلام ملك. فتأمل. والله أعلم.

ص: وإن وجد غاصبه بغيره وغير محله فله تضمينه ش: تصوره ظاهر.

الحديث

118 - في المطبوع استعمل وما بين المعقوفين من ن عود ص 282 ويحيى 130 والشيخ 223.

119 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 283.

120 - في المطبوع المنفعة وما بين المعقوفين من ن عود ص 283 وم 103 ويحيى 130 والشيخ 223.

121 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عود ص 283.

122 - في المطبوع تسوق وما بين المعقوفين من ن عود ص 283.

123 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 283 وم 103 ويحيى 130 والشيخ 223.

124 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 283 والشيخ 223.

أَوْ خَصَاهُ فَلَمْ يَنْقُصْ أَوْ جَلَسَ عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِهِ فِي صَلَاةٍ أَوْ دَلَّ لَصًا أَوْ أَعَادَ مَصُوغًا عَلَى حَالِهِ وَعَلَى غَيْرِهَا فَعَيَّمَتْهُ كَكَسْرِهِ أَوْ غَضَبَ مَنْفَعَةً فَتَلَفَّتِ الذَّاتُ أَوْ أَكَلَهُ مَالِكُهُ ضِيَافَةً.

نص خليل

فرع: قال البرزلي: وقعت مسألة وهو أنه وجبت قناطر من كتان من عداء على رجل بتونس، وكان تعديه عليها بالإسكندرية، فوقع الحكم عليه بدفع قيمته/ بالإسكندرية في تونس لتعذر الطريق إلى الإسكندرية عن قرب بر أو بحر، ولو لم يتعذر الطريق لم يقض إلا بمثلها في الإسكندرية، وهي مثل ما حكى ابن رشد فيمن سلف طعاما لأسير في بلاد الحرب أو في بلاد الإسلام ثم أخذها العدو أو تعذر الوصول إليها فقبل يقضى بقيمتها في ذلك البلد يوم الحكم يأخذه ربه إن وجدته، وقيل لا يقضى إلا بمثله في ذلك البلد إلا أن يتفقا على شيء يجوز، وكذلك لو دفعه في قرية الأسير، وهي [تجري] ¹²⁵ على الخلاف هل هو استهلاك أو قرض؟ وأما لو كان الكتان جزافا أو الطعام كذلك لم يقض إلا بقيمته يوم العداء، وأنه يأخذها حيث [وجده]. ¹²⁶ انتهى.

متن الخطاب

284

ص: أو خصاه فلم ينقص ش: قد تكلم عليه ابن غازي بما يغني ويؤخذ من هنا أن الخصاء ليس بمثلة، ولو كان مثله لعتق على الغاصب وغرم لربه قيمته كما قال في كتاب الغصب من المدونة، وأما من تعدى على عبد رجل فقفا عينه أو قطع له جارحة أو جارحتين فما كان من ذلك فسادا فاحشا حتى لم يبق فيه كبير منفعة فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه، وكذلك الأمة. والله أعلم.

ص: أو دل لصا ش: انظر كيف مشى هنا على أنه لا يضمن، مع أن الذي جزم به ابن رشد في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق أنه يضمن ولو أكره على ذلك، وهو الذي اختاره أبو محمد كما سيأتي فتأمل. ولعل المصنف مشى على هذا القول لأنه يفهم من كلام ابن يونس في آخر كتاب الغصب أنه الجاري على مذهب ابن القاسم في مسألة دلالة المحرم على الصيد فتأمل. وأصل المسألة في النوادر، ونقل فيها القولين بالتضمن وعدمه في آخر كتاب الغصب، ونقل القولين عنه ابن يونس في آخر كتاب الغصب. ثم قال بعدهما: قال أبو محمد: وأنا أقول بتضمينه؛ لأن ذلك من وجه التغرير، وكذا نقل البرزلي عن ابن أبي زيد أنه أفتى بالضمان، وذكر الشيخ أبو محمد مسائل جملة في أواخر كتاب الغصب من الغرور بالقول، وذكر منها مسألة الصيرفي يغرم من نفسه أو يقول في الرديء إنه جيد، وذكرها أيضا في آخر كتاب تضمين الصناع، وذكرها في المدونة أيضا في كتاب تضمين الصناع، وانظر الغرور بالقول والفعل في ابن عرفة، وفي المسائل الملقطة: مسألة: من أجوبة القرويين في القائل للرجل بع سلعتك من فلان فإنه/ ثقة مليء فيجده بخلاف ذلك فقال لا يغرم إلا أن يغره وهو يعلم بحاله. انتهى.

285

ص: ككسره ش: هذا التشبيه راجع إلى ما لا يغرم فيه القيمة، وإنما يأخذ فيه الشيء المغصوب لكن [يأخذ] ¹²⁷ هنا أيضا قيمة الصياغة. قال ابن الحاجب: ولو كسره أخذه وقيمة الصياغة، وسكت

الحديث

¹²⁵ - في المطبوع تحري وما بين المعقوفين من ن عدود ص284.

¹²⁶ - في المطبوع وجدها وم103 ويحيى130 وما بين المعقوفين من ن عدود ص284 والشيخ224.

¹²⁷ * - في المطبوع يؤخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص284.

نص خليل
أَوْ نَقَصَتْ لِلسُّوقِ أَوْ رَجَعَ بِهَا مِنْ سَفَرٍ وَلَوْ بَعْدَ كَسَارِقٍ وَلَهُ فِي تَعْدِي كَمُسْتَأْجِرٍ كِرَاءُ الزَّائِدِ إِنْ سَلِمَتْ
وَالْأَخِيرَ فِيهِ وَفِي قِيَمَتِهَا وَقْتَهُ وَإِنْ تَعَيَّبَ وَإِنْ قَلَّ كَكَسْرِ نَهْدِيهَا أَوْ جَنَى هُوَ أَوْ أَجْنَبِيٌّ.

متن الخطاب المؤلف هنا عنه لوضوحه. والله أعلم.

ص: أَوْ نَقَصَتْ لِلسُّوقِ ش: كَذَا فِي بَعْضِ النُّسخِ بَجَرِ السُّوقِ بِلَامِ التَّعْلِيلِ؛ أَيِ نَقَصَتْ السَّلْعَةَ لِأَجْلِ
تَغْيِيرِ سَوْقِهَا لَا لِشَيْءٍ فِي بَدْنِهَا، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ نَقَصَتْ السُّوقُ؛ أَيِ نَقَصَ سَوْقُهَا، وَعَلَى هَاتَيْنِ
النُّسخَتَيْنِ فَيَكُونُ مَعْطُوفًا عَلَى مَا لَا ضَمَانَ فِيهِ [مِمَّا¹²⁸] قَبْلُهَا، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ أَوْ نَقَصَتْ لَا لِلسُّوقِ
بِإِدْخَالِ لَا النَّافِيَةِ عَلَى السُّوقِ الْمُنْكَرِ الْمَجْرُورِ بِاللَّامِ، وَالْمَعْنَى أَنَّ السَّلْعَةَ الْمَغْصُوبَةَ نَقَصَتْ فِي بَدْنِهَا لَا
لِأَجْلِ سَوْقِهَا، وَيَكُونُ مَعْطُوفًا عَلَى مَا يَضْمَنُ فِيهِ الْقِيَمَةُ؛ وَهُوَ قَوْلُهُ: "وَعَلَى غَيْرِهَا فَقِيَمَتُهُ كَكَسْرِهِ".
والله أعلم.

ص: أَوْ رَجَعَ بِهَا مِنْ سَفَرٍ وَلَوْ بَعْدَ كَسَارِقٍ ش: هَذَا مِمَّا دَخَلَ تَحْتَ قَوْلِهِ: "وَعَلَّةٌ مُسْتَعْمَلٌ" وَإِنَّمَا
ذَكَرَهَا هُنَا لِيبين أَنَّ هَذَا الْفِعْلَ مِنَ الْغَاصِبِ لَيْسَ بِفَوْتٍ يُوْجِبُ تَخْيِيرَ رَبِّهَا فِيهَا وَفِي قِيَمَتِهَا، وَلِيَبينَ
أَنَّهُ يُوْجِبُ ذَلِكَ مِنَ [الْمُتْعَدِي¹²⁹] كَالْمُسْتَأْجِرِ وَنَحْوِهِ، وَلَيْسَ مَقْصُودُهُ أَنَّهُ لَا كِرَاءَ عَلَى الْغَاصِبِ، فَلَيْسَ
مَعَارِضًا لِمَا تَقْدِمُ، وَمَنْ يَحْمِلُهُ عَلَى نَفْيِ الْكِرَاءِ [عَنْ¹³⁰] الْغَاصِبِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الْمَدُونَةِ فَيَحْتَاجُ أَنْ
يُقَيَّدَ مَا تَقْدِمُ بِذَلِكَ. قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ لِمَا أَنَّ عَدَّ بَعْضُ مَا يَكُونُ فَوْتًا يُوْجِبُ تَخْيِيرَ رَبِّ السَّلْعَةِ فِيهَا
وَفِي قِيَمَتِهَا مَا نَصَّ: وَلَوْ رَجَعَ بِالدَّابَّةِ مِنْ سَفَرٍ بَعِيدٍ بِحَالِهَا لَمْ يَلْزَمْ سِوَاهَا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، بِخِلَافِ
تَعْدِي الْمَكْتَرِي وَالْمُسْتَعِيرِ، وَفِي الْجَمِيعِ قَوْلَانِ.

قال ابن عبد السلام: ستأتي مسألة المدونة التي ذكرها المؤلف بعد هذا. انتهى. ويشير إلى قوله: فإن
استغل واستعمل. ثم قال ابن عبد السلام ما نصه: ثم هذا الحصر الذي أعطاه كلام المؤلف حيث
قال: "لم يلزم سواها" يحتمل أن يبقى على ظاهره فلا يكون على الغاصب كراء في سفره على الدابة،
ويحتمل أن يريد نفي قيمة الدابة التي يكون رب المال مخيرا فيها في التعدي لا كراء الدابة. انتهى.
[ولما كان¹³¹] ابن الحاجب يذكر الأقوال في الغلة قال في كلامه هنا: يحتمل ويحتمل، فأما

المصنف فلم يذكر أولا إلا المشهور وهو ضمان غلة/ المغصوب المستعمل مطلقا، فيحمل كلامه هنا على
نفي الضمان، إلا أن [يحمل¹³²] كلامه الأول على مذهب المدونة ويقيد فيصح. والله أعلم.
ص: وله في تعدي كمستأجر كراء الزائد إن سلمت وإلا خير فيه وفي قيمتها وقته ش: فسر
الشارح مثل المستأجر [بالمستعير،¹³³] ومعنى كلامه أن الدابة إذا سلمت في تعدي المستأجر وشبهه

286

الحديث

¹²⁸ - في المطبوع بما وما بين المعقوفين من يحيى 130 والشيخ 224.
¹²⁹ - في المطبوع التعدي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 285 وم 103 ويحيى 130 والشيخ 224.
¹³⁰ - في المطبوع ويحيى 131 على وما بين المعقوفين من م 103 والشيخ 224 وسيد 48.
¹³¹ - في المطبوع ولما ان كان وم 103 ويحيى 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 285 والشيخ 225.
¹³² - في المطبوع يجعل وما بين المعقوفين من يحيى 131 وم 103 والشيخ 225 وسيد 48.
¹³³ - في المطبوع المستعير وما بين المعقوفين من ن ذي ص 286 ويحيى 131 وم 103 وسيد 48 والشيخ 225.

متن الخطاب

كالمستعير فليس لربها إلا كراء الزائد فقط ولا تخيير له، وإنما يخير مع عدم السلامة، وظاهره أن ذلك يتعين، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة ولا يخير، وهذا مخالف لما قدمه في فصل العارية وفي فصل كراء الدواب وفصل الوديعة، وخلاف لما في المدونة ولما قاله ابن الحاجب، وقبله في التوضيح. قال في المدونة: وأما المكثري أو المستعير يتعدى المسافة تعدياً [بعيداً أو¹³⁴] يحبسها أياماً كثيرة ولم يركبها، ثم يردّها بحالها فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدي أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو رجع بالدابة من سفر بعيد على حالها لم يلزمه سواها عند ابن القاسم، بخلاف تعدي المكثري والمستعير، وفي الجميع قولان. قال ابن عبد السلام: بخلاف المكثري والمستعير يزيدان في المسافة زيادة بعيدة، ثم يردان الدابة على حالها فلرب الدابة أخذها، وله تركها وأخذ القيمة.

وقال في التوضيح: بخلاف تعدي المكثري والمستعير إذا زاد في المسافة زيادة بعيدة فإن ربها بالخيار، فإن أحب أخذها وكراءها من موضع التعدي إلى غايته، وإن أراد أخذ قيمة دابته من المكان الذي تعدى عليه وله الكراء الأول في الكراء. ثم قال: وفهم من قوله -يعني ابن الحاجب- سفر بعيد أنه لو تعدى المستعير والمكثري موضعاً قريباً أو زمناً قريباً أنه لا يكون له تضمين الدابة، وفي الباجي إذا أمسكها أياماً يسيرة زائدة على أيام الكراء لا ضمان عليه وإنما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الأول. قاله مالك وأصحابه. انتهى. وما ذكره عن الباجي نحوه في المدونة كما سيأتي إن شاء الله، فلو زاد المؤلف مع قوله: "إن سلمت" لفظ وقربت -يعني مسافة التعدي- لكان أحسن؛ لأن قوله: "إن سلمت" لا يوافق المنصوص؛ إذ لا فرق بين سلامتها وعدم سلامتها إلا مع قرب المسافة. قال في المدونة بعد الكلام المتقدم بأسطر: قال ابن القاسم: وإذا زاد المكثري للدابة أو المستعير في المسافة ميلاً أو أكثر فعطبت ضمن وخير ربها، فإما ضمنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء له في الزيادة، وإما ضمنه كراء الزيادة فقط ولا شيء له من قيمتها، وعلى المكثري الكراء الأول بكل حال، ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة مثل البريد أو اليوم وشبهه لم تلزم قيمتها، ولا يضمن إلا كراء الزيادة فقط. انتهى. والله أعلم.

ص: خير فيه ش: يعني أنه يخير المغصوب منه في الشيء المغصوب؛ يريد وفي قيمته في ثلاث مسائل: الأولى إذا تعيبت بسماوي. الثانية إذا تعيبت بجناية [الأجنبي¹³⁵]. الثالثة إذا تعيبت بجناية الغاصب، أما [الأولى¹³⁶] فليس له إلا أخذه بغير أرض أو أخذ القيمة. قال في المدونة: وما أصاب السلعة بيد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر من الله فربها مخير في أخذها معيبة أو تضمينه قيمتها يوم الغصب وإن كانت جارية فأصابها عنده عور أو عمى أو ذهاب يد بأمر من الله [بغير سببه¹³⁷] فليس لربها أن يأخذها وما نقصها عند الغاصب، إنما له أخذها ناقصة أو قيمتها يوم

الحديث

134 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 286 وم 103 ويحيى 131 والشيخ 225.

135 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 286 والشيخ 225 وم 104.

136 - في المطبوع الأول وما بين المعقوفين من ن ذي ص 286 وم 104 ويحيى 131 والشيخ 225.

137 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 286 ويحيى 131 والشيخ 226.

نص خليل

كَصْبِهِ فِي قِيَمَتِهِ وَأَخَذَ ثَوْبَهُ وَدَفَعَ قِيَمَةَ الصَّبْغِ وَفِي بَنَائِهِ فِي أَخْذِهِ وَدَفَعَ قِيَمَةَ نَقْصِهِ بَعْدَ سُقُوطِ كُلْفَةِ لَمْ يَتَوَلَّهَا وَمَنْفَعَةَ الْبُضْعِ وَالْحُرَّ بِالتَّفْوِيتِ.

متن الخطاب

الغصب، وليس للغاصب أن يلزم ربهما أخذها ويعطيه ما نقصها إذا اختار ربهما أخذ قيمتها. انتهى. وذكر هذه الصورة ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافا، وأما الثانية فيخير بين أخذه وأخذ أرض الجنانية من الجاني، أو تضمين الغاصب القيمة، ويتبع الغاصب الجاني. قال في المدونة إثر الكلام المتقدم بسطرين: ولو قطع يدها أي الجارية أجنبي ثم ذهب فلم يقدر عليه فليس لربهما أخذ الغاصب بما نقصها، وله أن يضمه قيمتها يوم الغصب، ثم للغاصب اتباع الجاني بما جنى عليها، وإن شاء ربهما أخذها واتباع الجاني بما نقصها دون الغاصب. انتهى. وذكرها/ أيضا ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافا، وأما الثالثة فيخير أيضا بين أخذها مع أرض الجنانية من الغاصب، وبين أخذ القيمة منه. هذا مذهب المدونة قال فيها: ولو كان الغاصب هو الذي قطع يد الجارية فلربهما أن يأخذها وما نقصها، أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم الغصب. ابن يونس: قوله: "وما نقصها" يريد يوم الجنانية. انتهى. وذكر ابن الحاجب فيها قولين، وعزا هذا لابن القاسم. ومقابلته لأشهب، وهو أنه ليس له إلا أخذها بغير أرض أو أخذ القيمة، وجعل البساطي هذا الثاني هو المذهب، ونصه: والمنصوص أنه في جنانية الأجنبي له أن يأخذها ناقصا ويتبع الأجنبي بأرض الجنانية، وليس له ذلك على المذهب في السماوي وفي جنانية الغاصب. انتهى. وفيه نظر؛ لأن الأول مذهب المدونة كما علمنا، ولم أر من رجح الثاني ولا من شهره. والله أعلم.

287

فرع: قال ابن عرفة: أشهب: إن غصب أشياء مختلفة فنقصت في يده فلربهما تضمينه قيمتها يوم الغصب، أو أخذها ناقصة ولا شيء له، وله أخذ بعضها بنقصه وقيمة باقيةا. انتهى. ص: كصبغه في قيمته وأخذ ثوبه ودفع قيمة الصبغ ش: قال ابن الحاجب: وإذا صبغ الثوب خير المالك بين القيمة والثوب، ويدفع قيمة الصبغ، وقال أشهب لا شيء عليه في الصبغ، أما لو نقصت القيمة فلا شيء عليه ولا له أن يأخذها. قال في التوضيح: يعني إذا صبغ الغاصب الثوب فزادت قيمته أو لم تزد ولم تنقص فمذهب المدونة أنه يخير المالك فيما ذكر. ثم قال: ويدلك علي ما قيدنا به كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- [من¹³⁸] أن الثوب زادت قيمته أو لم [تزد ولم¹³⁹] تنقص قوله في قسيم المسألة: "أما لو نقصت" إلى آخره، وهو ظاهر لأن ذلك عيب فكان كسائر العيوب. انتهى.

تنبيهان: الأول: قول التوضيح: "لأن ذلك عيب الخ" نحوه لابن عبد السلام، وإذا كان عيبا فكان الظاهر أن يغرم الغاصب الأرض إذا اختار [رب¹⁴⁰] الثوب أخذه؛ لأن هذا العيب منه حدث،

الحديث

¹³⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 287 وم 104 ويحيى 132 والشيخ 226.

¹³⁹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 287 ويحيى 132 والشيخ 226.

¹⁴⁰ - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 287 وم 104 ويحيى 132 والشيخ 226.

نص خليل كَحَرِّ بَاعَهُ وَتَعَذَّرَ رُجُوعُهُ وَمَنْفَعَةٌ غَيْرُهُمَا بِالْفَوَاتِ وَهَلْ يَضْمَنُ شَاكِيهِ لِمُغْرَمٍ زَائِدًا عَلَى قَدْرِ الرَّسُولِ إِنْ ظَلَمَ أَوْ الْجَمِيعَ أَوْ لَا أَقْوَالَ وَمَلَكُهُ إِنْ اشْتَرَاهُ وَلَوْ غَابَ أَوْ غَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ لَمْ يُمَوِّهُ وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِفَضْلَةٍ أَخْفَاهَا.

متن الخطاب وقد تقدم أن مذهب المدونة تغريمه الأرض مع أخذ السلعة إذا كان من الغاصب فتأمل على أنه أطلق المسألة؛ أعني مسألة الصبغ في المدونة، ولم يقيد بها بزيادة الصبغ ولا بنقصه. والله أعلم. الثاني: قال البساطي: فإن قلت أطلق المصنف وقيدت المسألة بما إذا زادت قيمته فهل له وجه؟ قلت: المسألة متأولة كما ذكرت، وإطلاق المؤلف لا يضر؛ لأنه إن نقصت لا يتأتى فيه ذلك، وإن كانت سواء فكذلك. انتهى. فتأمل قوله: "وإن كانت سواء" فإنه مخالف للتوضيح. والله أعلم. فرع: قال ابن عرفة: وفي تضمين الصانع منها: ولك/ أخذ ما خاطه الغاصب بلا غرم أجر الخياطة لتعديه. قلت: الفرق بينهما أن الصبغ بإدخال صنعة في المغصوب فأشبه البناء، والخياطة مجرد عمل فأشبه التزويق. انتهى.

ص: كحر باعه وتعذر رجوعه ش: قال في مسائل أبي عمران [الفاسي¹⁴¹] من كتاب الاستيعاب وكتاب الفضول فيمن باع حرا ماذا يجب عليه؟ قال: "[يجلد¹⁴²] ألف جلدة ويسجن سنة، فإذا أيس منه ودى ديته إلى أهله". انتهى.

ص: وهل يضمن شاكيه لمغرم زائدا على قدر الرسول إن ظلم أو الجميع أو لا أقوال ش: القول الأخير أنه لا غرم عليه، وإنما عليه الأدب هو قول أكثر الأصحاب. قاله الشيخ ابن أبي زيد وابن يونس، وانظر إذا شكا شخص رجلا لحاكم جائر لا يتوقف في قتل النفس ف ضرب المشكو حتى مات هل يلزم الشاكي شيء أم لا؟

ص: ولو غاب ش: قال ابن الحاجب: وفيها لو نقل الجارية لبلد ثم اشتراها من ربها في بلد آخر جاز، وقال أشهب بشرط أن تعرف القيمة ويبذل ما يجوز فيها بناء على أصل السلامة ووجوب القيمة. ابن عرفة: إجراء القولين على الأصلين المذكورين واضح إذا اعتبر القولان من حيث ذاتهما لا من حيث قائلهما، وإجراؤهما على ذلك من حيث قائلهما مشكل؛ لأن الأول عزاه ابن عبد السلام لابن القاسم وهو يقول الواجب فيه القيمة، ووجوب القيمة لا يتأتى أن يجري عليه اعتبار أصل السلامة، وإنما يتأتى اعتبار أصل السلامة على القول في النقل أن الواجب فيه في المغصوب أخذ شئيه، وهذا إنما هو قول سحنون، والثاني عزاه المؤلف لأشهب، وقوله في نقل المغصوب إن ربه مخير في أخذه أو قيمته، ولم يقل بوجوب القيمة إلا ابن القاسم حسبما تقدم للحمي. انتهى.

ص: ورجع عليه بفضل أخفها / ش: قال أشهب: ومن قال إن له أخذها فقد أخطأ كما لو نكل الغاصب عن اليمين وحلفت على صفتك، ثم ظهرت خلاف ذلك كنت قد [ظلمته¹⁴³] في القيمة فيرجع عليك بما زدت عليه، ولا يكون له رد الجارية. انتهى من التوضيح. وانظر لو وصفها الغاصب

¹⁴¹ - في المطبوع القابسي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 288 وم 104 ويحيى 132 والشيخ 227.

¹⁴² - في المطبوع يحد وم 104 والشيخ 226 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 288 ويحيى 132.

¹⁴³ - في المطبوع أظلمته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289 م 104 ويحيى 132 والشيخ 227.

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي تَلْفِهِ وَنَعْتِهِ وَقَدْرِهِ وَحَلْفَ كُمُشْتَرٍ مِنْهُ ثُمَّ غَرِمَ لآخرِ رُؤْيَةٍ.

متن الخطاب ثم ظهرت أنقص مما وصفها فهل له رجوع أم لا؟ وكذلك لو وصفها المغصوب منه ثم ظهرت أزيد فتأمل.

ص: والقول له في تلفه ونعته وقدره ش: لأنه غارم، فهو مدعى عليه، فيسأل المغصوب منه عما يدعيه ثم يوقف [عليه¹⁴⁴] الغاصب؛ لأنه المدعى عليه كما نبه على ذلك الباجي في كتاب الأقضية في قضية المزني لما نحر [عبيد¹⁴⁵] حاطب ناقته¹، وتقدم نحو هذا في آخر الرهون. والله أعلم.

ص: وحلف ش: قال في الوسط: أي الغاصب في دعوى التلف والقدر والوصف، وقاله في المدونة. انتهى. وهذا يوهم أنه نص في المدونة على اليمين فيما إذا ادعى التلف وليس كذلك. قال في التوضيح: ولم أر في الأمهات وجوب اليمين على الغاصب إذا ادعى التلف، لكن نص فيها في الشيء المستحق إذا كان مما لا يغاب عليه أنه يحلف إذا [ادعى تلفه¹⁴⁶] وكذلك في رهن ما لا يغاب عليه، ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالا منهما، وقد نص ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف. انتهى. وما ذكره في التوضيح نحوه للشيخ أبي الحسن الصغير. قال في المدونة: وإذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة فاختلغا في صفتها صدق الغاصب مع يمينه. الشيخ ظاهره أنه يصدق في الهلاك من غير يمين، وقد ذكر الأمة والسلعة، وقد تقدم في الشيء المستحق إذا كان مما يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه، وكذلك في رهن ما يغاب عليه، وكيف يكون الغاصب أحسن حالا من هؤلاء؟ إلا أن يقال إن معنى ما قال هنا أن المغصوب منه صدقه أو أقام بينة على ما ادعى. انتهى. والله أعلم.

ص: كمشتتر منه ش: ظاهره أن القول قوله في التلف وفي النعت والقدر ويحلف، والمنقول أنه يصدق في هلاك ما لا يغاب عليه، ولم يذكروا حلفه لكنهم شبهوه بالرهون والحواري فيقتضي أنه يحلف، وإن كان مما يغاب عليه فيحلف على التلف ويغرم القيمة، وقيل لا يمين عليه، وقالوا إذا باعه يلزمه ثمنه، وقوله مقبول في قدره هذا ما رأيته في المسألة في التوضيح والبيان. قال في رسم استأذن من سماع عيسى من الغصب: وسئل ابن القاسم عن الرجل يشتري السلعة في سوق المسلمين فيدعيها رجل قبله، ويقيم البينة أنها اغتصبت منه فيزعم مشتريها أنها قد هلكت.

قال: إن كان حيوانا فهو مصدق، وإن كانت مما يغاب عليه لم يقبل قوله/ وأحلف، ويكون عليه قيمتها، إلا أن يأتي بالبينة على هلاك من الله أتاه من اللصوص والغرق والنار ونحو ذلك فلا يكون عليه شيء. قيل له: فإن باعها؟ قال: لا يكون عليه إلا ثمنها. قيل له: فإن قال بعثها بكذا وكذا ولم تكن له على ذلك بينة إلا قوله أصدق على ذلك؟ قال: قوله مقبول في ذلك؛ لأنه قد يعرف الشيء في يديه ثم يتغير عنده قبل أن يبيعه بكسر أو عور أو شيء يصيبه.

ابن رشد: إنما قال إنه يحلف إذا ادعى تلف السلعة التي اشترى ويغرم قيمتها

290

1- عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمك غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك فقال المزني قد كنت والله أؤمنها من أربع مائة درهم فقال عمر أعطه ثمان مائة درهم. قال يحيى سمعت مالكا يقول وليس علي هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها الموطأ بشرحه، المنتقى، ج7 ص447، رقم الحديث 1418.

الحديث

¹⁴⁴ - في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289 وم 104 ويحيى 132 والشيخ 227.
¹⁴⁵ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289 وم 104 ويحيى 132 والشيخ 227.
¹⁴⁶ - في المطبوع المشتري وم 104 ويحيى 132 والشيخ 227 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289.

نص خليل

وَلِرَبِّهِ إِمْضَاءٌ بَيْعِهِ وَتَقْضَى عِتْقُ الْمُشْتَرِي وَإِجَارَتُهُ وَضَمَنَ مُشْتَرٍ لَمْ يَعْلَمْ فِي عَمْدٍ لَا سَمَاوِيٍّ وَغَلَّةٍ وَهَلِ
الْخَطَأُ كَالْعَمْدِ تَأْوِيلَانِ وَوَارِثُهُ وَمَوْهُوبُهُ إِنْ عَلِمَا كَهُوَ وَإِلَّا بُدِيَ بِالْغَاصِبِ وَرَجَعَ عَلَيْهِ بَغْلَةٌ مَوْهُوبِهِ فَإِنْ
أَعْسَرَ فَعَلَى الْمَوْهُوبِ.

متن الخطاب

مخافة أن يكون غيبها. انتهى. وقال في التوضيح: قيل وإذا صدق فيما لا يغاب عليه فإنما ذلك إذا لم يظهر كذبه كالرهن والعارية، وقال أصبغ يصدق في الضياع فيما لا يغاب عليه مع يمينه. ابن عبد السلام: وإذا بنينا على المشهور وضمنناه فخرج بعضهم قولاً بعدم اليمين. انتهى. فتأمل. والله أعلم. ص: ولربه إمضاء بيعه ش: قال في المدونة: ومن غصب عبداً أو أمة ثم باعها، ثم استحقها رجل وهي بحالها فليس له تضمين الغاصب القيمة وإن حالت الأسواق، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب، كما لو وجدها بيد الغاصب وقد حالت أسواقها، فإن أجاز ربه البيع بعد أن هلك الثمن بيد الغاصب فإن الغاصب يغرمه، وليس الرضا ببيعه يوجب حكم الأمانة في الثمن. انتهى. وقال اللخمي: إذا باع الغاصب العبد ثم أتى صاحبه ولم يتغير سوقه ولا بدنه كان بالخيار بين أن يجيز البيع أو يأخذه ويرجع المشتري بالثمن، ثم قال: وإن كان العبد قائم العين وأجاز المصوب منه البيع لزم المشتري، إلا أن يكون المصوب منه فاسد الذمة بحرام أو غيره، واختلف إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى الغاصب والغاصب فقير وقد أجاز المستحق البيع، فليل لا شيء له على المشتري، وقيل يأخذ منه الثمن، وهذا على القول بأن العقد بيع فيكون قد أجاز البيع دون القبض، وعلى القول أن البيع التقابض لا يكون له على المشتري شيء. انتهى. ونقل في النوادر القولين، وضعف الثاني وأنكره. انظره في كتاب الاستحقاق.

تنبيه: قال اللخمي: وإن علم المشتري أن البائع منه غاصب وأحب المبتاع رد البيع قبل قدوم المصوب منه لم يكن له ذلك إذا كان قريب الغيبة، وله ذلك إذا كانت الغيبة بعيدة؛ لأن عليه في وقفه في ضمانه حتى يقدم ضرراً. انتهى. فيكون بمنزلة بيع الفضولي.

مسألة: إذا كان طعام أو غيره مشتركاً بين شخصين فغصب منه ظالم حصه أحدهما فهل ذلك بين الشريكين، أو خاص بمن أخذ باسمه؟ قال ابن أبي زيد: الذي عندي أن المأخوذ بينهما والباقي بينهما، وكذلك أفتى السيوري. ذكره عنه البرزلي في مسائل الغصب وبحث في ذلك فانظره.

ص: لا سماوي ش: قال في المدونة: ولو مات عند المبتاع فلا شيء عليه. قال أبو الحسن/ عن ابن يونس: قال ابن المواز: قال أشهب: وإن استحققت بحرية -يعني وقد ماتت- رجع المشتري على بائعها بالثمن، وكذا إذا استحققت بأنها أم ولد أو معتقة إلى أجل وقد ماتت وإن كانت مدبرة لم يرجع بشيء. ابن المواز: ومثله عندنا المكاتبه. انتهى ونحوه في كتاب الاستحقاق من النوادر.

مسألة: من استحق بعد أن تداولته الأملاك بحرية تراجع بائعوه كل واحد على صاحبه، وكذلك إذا استحق برق وأخذه مستحقه، وأجاز البيع الأخير، وهو صريح في كتاب الاستحقاق من النوادر، ويؤخذ من المسألة الثانية من سماع عبد الملك من الاستحقاق، وهي أيضاً في نوازل ابن رشد في الاستحقاق وفي أحكام ابن سهل في الاستحقاق وفي جامع القول في [العهد¹⁴⁷] في الدرك من

291

الحديث

نص خليل

وَلَقِيَ شَاهِدٌ بِالْغُصْبِ لآخرَ عَلَى إقرارِهِ بِالْغُصْبِ كَشَاهِدٍ بِمِلْكِكَ لِئِنْ بَعْضُكَ وَجُعِلَتْ ذَا يَدٍ لَمْ يَلِكْ إِلَّا أَنْ تَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِ الْمَلِكِ وَيَمِينِ الْقَضَاءِ وَإِنْ ادَّعَتْ اسْتِكْرَاهًا عَلَى غَيْرِ لَائِقٍ بِلَا تَعْلُقٍ حَدَثَ لَهُ وَالْمُتَعَدِّي جَانَ عَلَى بَعْضٍ غَالِبًا فَإِنْ أَفَاتَ الْمَقْصُودُ كَقَطْعِ ذَنْبٍ دَابَّةٍ ذِي هَيْئَةٍ أَوْ أَذْنِيهَا أَوْ طَيْلَسَانِهِ أَوْ لَبَنٍ شَاةٍ هُوَ الْمَقْصُودُ وَقَلَعَ عَيْنِي عَبْدٌ أَوْ يَدِيهِ فَلَهُ أَخْذُهُ وَنَقْصُهُ أَوْ قِيمَتُهُ وَإِنْ لَمْ يُفْتَهُ فَتَقْصُهُ كَلَبَنٍ بَقَرَةٍ وَبَدٍ عَبْدٍ أَوْ عَيْنِهِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ قَوْمٌ وَلَا مَنَعَ لِصَاحِبِهِ فِي الْفَاحِشِ عَلَى الْأَرْجَحِ وَرَفَا الثَّوبَ مُطْلَقًا وَفِي أَجْرَةِ الطَّبِيبِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب

النوادر وفي سماع أصبغ ويحيى من كتاب البيوع، وانظر أبا الحسن في كتاب الشفعة في مسألة الشقص إذا تكرر بيعه، وانظر رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب العيوب، وانظر أول سماع عيسى من كتاب العارية، وقال في كتاب الرهون من المدونة: وقال مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها، وقد دارت في أيدي رجال إنه يأخذ الثمن من أيهم شاء.

ص: ولحق شاهد بالغصب لآخر على إقراره بالغصب الخ ش: ظاهر كلامه أنه يحتاج إلى يمينين وهو كذلك. قال في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العارية: وسئل عن امرأة أعارت لأخرى حجلة لها ولم يشهد على ذلك إلا امرأتان، / فتزوجت المستعيرة، ودخلت المعيرة إلى الريف، فأقامت عشر سنين وماتت المستعيرة، فأتت المعيرة تطلب الحجلة وأنكر ورثة المستعيرة فشهد المرأتان بالعارية وقد غابت الحجلة قال ابن القاسم: تحلف المرأة مع شهادة المرأتين بالله الذي لا إله إلا هو ما [قبضتها¹⁴⁸] بعد عاريته ولا باعت ولا وهبت وتستحق ذلك في مال المتوفاة. قال محمد بن رشد: قوله إن المرأة تحلف مع شهادة المرأتين إلى آخره معناه بعد يمينها مع شهادتهما لقد أعارتها إياها، وهذا ما لا خفاء به، وإنما سكنت عنه للعلم به إذ لا يخفى أنها لا تستحق العارية بشهادة المرأتين دون يمين، فأراد أنها [لا¹⁴⁹] تكتفي بحلفها مع شهادة المرأتين أنها أعارتها دون أن تحلف ما قبضتها بعد عاريته ولا باعت ولا وهبت، ولا بد أيضا أن تحلف على صفتها فيكون في مال المتوفاة ما قومت به الصفة التي حلفت عليها. وبالله التوفيق. انتهى.

292

ص: وإن ادعت استكراها على غير لائق بلا تعلق حدث له ش: لم يشرح الشيخ بهرام هذه المسألة، ويوجد في كثير من شروحه بياض لشرحها، ومفهوم قوله أنها لو تعلقت به لم تحد له، وأنه لو كان لائقا به لم تحد ولو لم تتعلق به، وقال في الإكمال في حديث [جريح¹⁵⁰] في كتاب البر والصلة: ولو ادعت امرأة مثل هذا عندنا على أحد من المسلمين حدث له للكدف وكذبناها، ولا يقبل منها دعاها، ولم [تلحقه¹⁵¹] تبعة بقولها، إلا أن تأتي به متعلقة تدمى مستغيثة لأول حالها، وكان ممن لم يشتهر بخير ولا عرف بزنا، وأما إن جاءت متعلقة بمن لا يليق به ذلك فلا شيء عليه، واختلف عندنا في حدها لكدفه؟ فقل تحد، وقيل لا تحد لما بلغت من فضيحة نفسها، ولا حد عليها للزنا، ولبعض أصحابنا في المشتهرة بذلك مثل صاحبة جريح أنها تحد للزنا على كل حال، ولا تصدق بتعلقها وفضيحتها نفسها لأنها لم تزل مفتضة بحالها، / وهذا صحيح في النظر. انتهى.

293

1- مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، رقم الحديث 2550.

الحديث

148 - في المطبوع قضتها وما بين المعقوفين من م 105 وسيد 49 والشيخ 229.
149 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدد ص 292 ويحيى 133 وم 105.
150 - في المطبوع وم 105 جريح وما بين المعقوفين يحيى 133 وسيد 49.
151 - في المطبوع يلحقه وما بين المعقوفين من م 105 وسيد 49 والشيخ 229.

متن الحطاب

مسألة: من استهلك فرد خف لرجل أنه لا يلزمه قيمته على انفراده، وإنما يلزمه ما نقص من قيمتهما جميعاً. انتهى من شرح المسألة الثالثة من كتاب السداد والأنهار من البيان. وفي المسائل الملقطة: الصحيح فيمن استهلك أحد المزدوجين أو أحد الأشياء التي لا يستغني بعضها عن بعض أنه يغرم قيمة المستهلك مع قيمة عيب الباقي منهما، وقيل بوجوب قيمتهما، واختلف فيمن استهلك سفراً من ديوان في سفرين؟ [فقال¹⁵²] بعضهم يرد السالم وما نقصه من ذهب أخيه ويغرم قيمة الهالك، وفي شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب أنه يغرم قيمة الجميع. اهـ من تسهيل المهمات في قوله في بيع الخيار: "وإذا تعدد المبيع". / انتهى كلام المسائل الملقطة. ونحو ذلك في التوضيح.

مسألة: قال ابن كنانة: أكره أن يأخذ الرجل من شجرة غيره غرساً إلا بإذنه. قال محمد بن رشد: أما إذا أخذ من شجرة غيره ملوخاً يغرسها في أرضه وكان ما امتلخ منها لا قيمة له ولا ضرر فيه على الشجرة التي امتلخت منها فهذا الذي ذكره ابن كنانة. والله أعلم. وأما إن كان لما امتلخ منها قيمة، أو كان ذلك يضر بالشجرة التي امتلخت منها فلا يجوز لأحد أن يفعله إلا بإذن صاحب الشجرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: { لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه¹ } فإن فعل ذلك بغير إذنه دلالة عليه لسبب بينه وبينه يقتضي الإدلال عليه فعله أن يتحلله من ذلك، فإن حلله وإلا غرم له ذلك عوداً مكسوراً يوم امتلخه، وليس له أن يقلعه ويأخذه، وعليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجرة التي امتلخ منها، وإن فعل ذلك غصباً أو تعدياً بلا إذن صاحبه ولا دلالة عليه ممن يستوجب الدلالة فله أن يقلعه ويأخذه وإن كان قد علق إلا أن يكون بعد طول مدة زمان وبعد نماء أو زيادة بينة فلا يكون له أن يأخذه بعينه وتكون له قيمته يوم امتلخه من شجرة عوداً ميتاً مكسوراً، وإن كان أضر بالشجرة كان عليه ما نقص مع قيمة ما نقص من الشجرة. هذا قول أصبغ في الواضحة.

وقال سحنون إنما يكون أولى بغرسه إذا كان إن قلعه وغرسه ينبت، وإن كان لا ينبت فله قيمته ولا سبيل له إلى قلعه، وكان ربعة يقول في مثل هذا: وإن نبت فإنما له قيمته أو غرس مثله، وأما إن قلع من بستانه غرساً فغرسه في أرضه دلالة على صاحب البستان فله أن يقلعه ويأخذه، وإن كان قد نبت وعلق إلا أن يتناول أمره [وينمي¹⁵³] نماء بيناً فلا يكون له قلعه، وتكون له قيمته يوم اقتلعه نابتاً؛ لأن دلالة عليه إذا كان من أهل الدلالة شبهة تمنع، ولو كان اقتلعه غصباً غير مدل لكان صاحب الغرس أحق بغرسه، وإن كان قد نبت في أرضه وطال زمانه وثبتت زيادته لأنه [شيئته¹⁵⁴] بعينه [أخذه¹⁵⁵] حياً فنما وزاد [وشب¹⁵⁶] فهو كالغاصب يغصب أو يسرق ثم يجده صاحبه وقد كبر ونبت ونما وزاد فهو أبداً أحق به، وسواء كان مما ينبت إن غرس بعد قلعه من أرض الغاصب أو مما لا ينبت هو أحق به إلا أن يشاء أن يسلمه ويأخذ قيمته نابتاً يوم قلعه فيكون ذلك له. [حكى ذلك¹⁵⁷] ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ. وبالله التوفيق. انتهى من أواخر كتاب الجامع من البيان. ومنه أيضاً: وسئل ابن كنانة عن الكرم

1 - التمهيد لابن عبد البر، ط. دار الكتب العلمية، ج 4 ص 376.

الحديث

152 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 105 والشيخ 229 ويحيى 134 وسيد 49.
153 - في المطبوع وم وسيد والشيخ ويحيى ولما بين المعقوفين من البيان، ج 18 ص 610.
154 - في المطبوع شبهة وما بين المعقوفين من البيان ج 18 ص 610 والشيخ 230.
155 - في المطبوع أخذها وما بين المعقوفين من م 106 والشيخ 230 ويحيى.
156 - في المطبوع ونبت وما بين المعقوفين من م 106 وسيد 49 والشيخ 230 والبيان ج 18 ص 610.
157 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 294 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 230.

نص خليل

فصل وَإِنْ زَرَ فَاَسْتَحِقَّتْ فَإِنْ لَمْ يُنْتَفَعْ بِالزَّرْعِ أَخِذْ بِلَا شَيْءٍ وَإِلَّا فَلَهُ قَلْعُهُ إِنْ لَمْ يَفْتُ وَقْتُ مَا تُرَادُّ لَهُ وَلَهُ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ وَإِلَّا فَكِرَاءُ السَّنَةِ.

متن الخطاب

يقطف والزيتون يجنى والزرع يحصد هل يجوز لأحد أن يأخذ بقيته؟ قال: إن كان أهله تركوه لمن [أخذه¹⁵⁸] فلا بأس بأكله، وإن كانوا يريدون الرجعة له فلا يجوز لأحد أخذه. قال ابن رشد: هذا كما قال، والمعنى فيه بين إن علم صاحبه تركه لمن أخذه من فقير أو غني، وأما إن خشى أنه إنما تركه لمن أخذه من المساكين فلا ينبغي لغني أن يأكل منه شيئا وبالله التوفيق. انتهى. والله أعلم.

باب الاستحقاق:

295

لم يبين المصنف حقيقته وحكمه وسببه وشروطه وموانعه ولا يتصور إلا بمعرفة ذلك، قال ابن عرفة: / وهو من تراجع كتبها، أما حقيقته فقال ابن عرفة: هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض. فيخرج العتق ومطلق رفع الملك بملك بعده وما وجد في القاسم بعد بيعه أو قسمه لأنه لا يؤخذ إلا بثمن. انتهى. وقال في اللباب: هو الحكم بإخراج المدعي فيه الملكية من يد حائزه إلى يد المدعي بعد ثبوت السبب والشروط وانتفاء الموانع، وأما حكمه فقال ابن عرفة: حكمه الوجوب عند تيسر أسبابه في [الربع¹⁵⁹] على عدم يمين مستحقه، وعلى يمينه مباح كغير الربع؛ لأن الحلف مشقة. انتهى. وأما سببه فهو قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه حتى الآن، والشهادة في أنها لم تخرج عن ملكه إنما [تكون¹⁶⁰] على نفي العلم في قول ابن القاسم المعمول به. قاله في اللباب. وأما شروطه [ثلاثة؛¹⁶¹] الأول الشهادة على عينه إن أمكن، وإلا فحيازته؛ وهي أن يبعث القاضي عدلين، وقيل أو عدلا مع الشهود الذين شهدوا بالملكية، فإن كانت دارا مثلا قالوا لهما مثلا هذه الدار هي التي شهدنا عند القاضي [فلان¹⁶²] فيها الشهادة المقيدة أعلاه.

الثاني الإعذار في ذلك إلى الحائز، فإن ادعى مدفعا أجله فيه بحسب ما يراه. الثالث يمين الاستبراء، واختلف في لزومها على ثلاثة أقوال: الأول أنه لا بد منها في جميع الأشياء. قاله ابن القاسم وابن وهب وابن سحنون. والثاني لا يمين في الجميع أيضا. قاله ابن كنانة. الثالث: أنه لا يحلف في العقار ويحلف في غيره، وهو المعمول به عند الأندلسيين، وفي سجلات الباجي: لو استحق ذلك من يد غاصب لم يحلف. قال ابن سلمون: ولا يمين على مستحق الأصل، إلا أن يدعي عليه خصمه ما يوجبها، وقيل لا بد من اليمين كالعروض والحيوان. انتهى. ثم قال: وأما غير الأصول من الدواب والرقيق والعروض [وغيرها¹⁶³] فيكتب في استحقاقها: يعرف شهوده فلانا ويعلمون له مالا وملكا جارية صفتها كذا أو فرسا أو ثوبا صفته كذا لا يعلمون له في ذلك

الحديث

158 - في المطبوع أخذه وما بين المعقوفين من م 106 والشيخ 230 وسيد 49.
159 - في المطبوع الرفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم 106 وسيد 49 والشيخ 230 ويحيى 134.
160 - في المطبوع وسيد 49 وم 106 يكون وما بين المعقوفين من يحيى 134.
161 - في المطبوع ثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 230.
162 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 231.
163 - في المطبوع وغيرها وما بين المعقوفين من ن ذي ص 295 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 231.

بيعا ولا تفويتا، ولا أنه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن وقيدوا بذلك شهادتهم على عين الثوب أو الفرس أو الجارية في كذا، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين، ونصه: حلف بإذن القاضي [بقرية¹⁶⁴] كذا فلان المذكور في رسم الاسترعاء بكذا بحيث يجب وكما يجب يميننا قال فيها بالله الذي لا إله إلا هو ما بعث الفرس أو الثوب أو الجارية المشهود لي به فيه ولا فوته ولا خرج عن ملكي بوجه من وجوه الفوت حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالف، وعرفه قيد على ذلك شهادته في كذا وكانت يمينه على عين الجارية والفرس، وهو يشير إليهما في يمينه. بيان: اليمين في هذا واجبة على المشهور المعمول به، بخلاف الأصول فإنه لا يمين فيها إلا على قول سحنون، وحكى ابن سهل عن ابن كنانة أنه لا يمين على مستحق العروض والحيوان إلا أن يدعي الخصم ما [يوجبها¹⁶⁵] وتكون اليمين على النص المذكور أنه ما باع ولا وهب، وكان محمد بن [فرج¹⁶⁶] يحلفه أنه ماله ومالعه وأنه ما باع ولا وهب.

قال ابن سهل: وما تقدم هو نص المدونة، ولا يحتاج إلى ما ذكره محمد بن فرج، وفي المجموعة: إذا كانت الجارية غائبة فالشهادة فيها على النعت والاسم جائزة، فإن وجدت [جواري¹⁶⁷] كثيرة على تلك الصفة يحلف الحاكم المستحق [وأثبت¹⁶⁸] عنده أنها واحدة منهن، وإن لم يوجد سواها لم يكلفه من ذلك شيئا، وفي مسائل ابن الحاج: سئل في الشهادة على الصفة فقال: وقفت على الكتابين في المملوكة السوداء الموصوفة بهما، والذي يظهر لي أن الشهادة على الصفة فيها عاملة فالحكم له بها واجب بعد أن ينظر، ويسأل هل في البلد مملوكة توصف بهذه الصفة، فإن لم توجد قضيت لربها وأسلمتها إليه بعد أن يحلف، وسئل في رجل ابتاع كتابا من/ كتب العلم ثم جاء رجل آخر فادعاه وأتى بكتاب بذلك وقد فات الكتاب فقال لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بعد شهادة العدول على [عينه¹⁶⁹] والإعذار إلى الذي هو في يده، ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند [الحكم¹⁷⁰]. انتهى كلام ابن سلمون. وأما المانع من الاستحقاق ففعل وسكوت [فالفعل¹⁷¹] أن يشتري ما ادعاه من عند حائزه، [فلو قال¹⁷²] إنما اشتريته خوف أن يغيب عليه فإذا أثبتته رجعت عليه بالثمن لم يكن له مقال، وقال أصبغ إلا أن تكون بينة بعيدة جدا أو يشهد قبل الشراء أنه إنما اشتراه لذلك فذلك ينفعه، ولو اشتراه وهو يرى أن لا بينة له ثم وجد بينة فله القيام [وأخذ¹⁷³] الثمن منه.

296

- 164 - في المطبوع بعرية وما بين المعقوفين من ن ذي ص 295 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 231.
165 - في المطبوع يوجبها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم 106.
166 * - في المطبوع الفرج وما بين المعقوفين من م 106 ويحيى 135 والشيخ 231 وسيد 49.
167 * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب جوار بدون ياء.
168 - في المطبوع وأثبتا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 295 وم 106 ويحيى 135 وسيد 49 والشيخ 231.
169 - في المطبوع يمينه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296.
170 * - في الشيخ 231 الحاكم.
171 - في المطبوع بالفعل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296.
172 - في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296 وم 106 ويحيى 135 والشيخ 231.
173 - في المطبوع أو أخذ وم 106 ويحيى 135 والشيخ 231 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296.

نص خليل

كَذِي شُبْهَةٍ أَوْ جُهْلٍ حَالُهُ وَقَاتَتْ بَحْرَثَهَا فِيمَا بَيْنَ مُكْرٍ وَمُكْتَرٍ وَلِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذَهَا وَدَفْعُ كِرَاءِ الْحَرْثِ فَإِنْ أَبَى قِيلَ لَهُ أُعْطِيَ كِرَاءَ سَنَةٍ وَإِلَّا أَسْلِمَهَا بِلَا شَيْءٍ وَفِي سِنِينَ يَفْسُخُ أَوْ يُمْضِي.

متن الخطاب

قال أصبغ والقول قوله، وأما السكوت فمثل أن يترك القيام من غير مانع أمد الحيازة. قاله في اللباب. فرع: قال ابن سلمون: فإن ثبت ذلك لمن باعه ممن باعه من مستحقه فلا بد أن يحلف الذي ثبت له ومن بعده، فإذا حلفوا يمين القضاء فحينئذ يحكم به لمستحقه. انتهى.

ص: كذِي شُبْهَةٍ ش: ظاهر التشبيه أن حكم من كانت الأرض بيده بشبهة حكم الغاصب في جميع الوجوه وليس كذلك، وإنما مراده [تشبيهه¹⁷⁴] به فيما إذا استحققت من يده بعد أن زرعها وقبل فوات إبان الزراعة، فإن كراء تلك السنة للمستحق، وأما إن استحققت من يده قبل أن يزرعها فسيأتي حكمه في قوله: "وللمستحق أخذها"، وأما إذا استحققت بعد إبان الزراعة فإن كراءها للذي أكرها. قاله في المدونة ودخل في ذي الشبهة المشتري والوارث والمكتري منهما إذا لم يعلموا بالغصب أو التعدي، وكذلك المكتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب كما صرح به الرجراجي، ويؤخذ من كلام المصنف في التوضيح. والله أعلم.

ص: أو جهل حاله ش: أي حال الزارع هل هو غاصب أو ذو شبهة، وهذا أولى من حمله على أن المراد جهل حال مكتري الأرض هل هو غاصب أو مبتاع؛ [لأنه¹⁷⁵] قد تقدم أن المكتري من الغاصب ذو شبهة إن لم يعلم بالتعدي. فتأمله. والله أعلم.

ص: وفاتت بحرثها فيما بين مكر ومكتر ش: يشير بهذا إلى قوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: ومن اكرت أرضا بثوب أو بعبد فاستحق، أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان وزنه ثم استحق ذلك، فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرق انفسخ الكراء، وإن كان بعد ما زرع أو أحدث فيها عملا فعليه قيمة كراء الأرض، وقال في كراء الأرضين: ومن اكرت أرضا بعبد أو بثوب بعينه فاستحق بعد الحرث أو الزراعة فعليه كراء مثلها، وكذلك إن اكرتها بحديد أو برصاص أو نحاس بعينه وقد عرفا وزنه فإن الكراء ينتقض، إلا أن يكون قد زرعها أو حرثها أو أحدث فيها عملا فعليه كراء المثل. انتهى. قال عياض: وهو بين؛ إذ نفس الحرثة وإن لم يزرع فوت، وللمكتري كراء المثل كما لو زرعت ولا يختلف أن ذلك فوت بين المكري والمكتري. انتهى. فهذا مراد المصنف، ولا يصح أن يحمل كلامه على استحقاق الأرض المكتراة؛ لأنه إذا استحققت الأرض لم يبق للمكري كلام حرثت أو لم تحرث. والله أعلم.

ص: / وللمستحق أخذها ودفع كراء الحرث فإن أبى قيل له أعط كراء سنة وإلا أسلمها بلا شيء ش: يصح أن يكون مراده مستحق الأرض أو مستحق الثوب أو العبد المكتري به لأن الحكم فيهما واحد أو هما معا. قال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس في شرح كلام المدونة المذكور في كتاب كراء الأرضين: قال بعض فقهاءنا القرويين: وإن أراد مستحق العبد أن يجيز بيع عبده بكراء الأرض

297

الحديث

174 - في المطبوع وم 106 بتشبيهه وما بين المعقوفين من يحيى 135 وسيد 49 والشيخ 232.

175 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296 وم 106 ويحيى 135 والشيخ 232.

إِنْ عَرَفَ النَّسْبَةَ وَلَا خِيَارَ لِلْمُكْتَرِي لِلْعَهْدَةِ وَأَنْتَقَدَ إِنْ أَنْتَقَدَ الْأَوَّلُ وَأَمِنْ هُوَ وَالْغَلَّةُ لِذِي الشُّبْهَةِ أَوْ الْمَجْهُولِ لِلْحُكْمِ.

متن الخطاب
ويأخذ الأرض إن لم [تحرث¹⁷⁶] لكان له ذلك، وإن حرثت كان له أن يدفع إلى المكتري حق حرثه
ويأخذ الأرض لأنه كمستحق لمنفعة هذه الأرض، [وجل¹⁷⁷] منفعتها [باقية¹⁷⁸] كمن استحق أرضاً
بعد أن حرثها المكتري أنه يدفع إليه حق حرثه ويأخذ أرضه، فإن امتنع دفع إليه المكتري كراء
سنة، فإن امتنع سلمها بحرثها، فحكم مستحق العبد في ثمنه كحكم مستحق الأرض. انتهى. ونحوه
في كتاب الاستحقاق، ونحوه في كلام عياض، وما ذكره المؤلف هو قول ابن القاسم، وصححه ابن رشد
واعترض قوله: "وإلا أسلمها بلا شيء" بأنه كان ينبغي أن يجعلهما شريكين في كراء الأرض ذلك
العام محروثة المستحق بقيمة كرائها غير محروثة والمستحق منه بقيمة حرثه وعمله، وقال هذا على
أصله من الرجوع على المستحق بقيمة السقي والعلاج. انظر بقية الكلام في أول رسم من سماع يحيى
من كتاب الاستحقاق.

ص: إن عرف النسبة ش: يشير إلى كلام ابن يونس: ولا يجيز الكراء فيما بقي حتى يعلم ما ينوب
ذلك ليجيز بئمن معلوم على مذهب من لا يجيز جمع السلعتين للرجلين في البيع. انتهى. وانظر بقية
المسألة في أول كتاب الاستحقاق [من¹⁷⁹] المدونة.

ص: أو المجهول للحكم ش: في بعض نسخ الشارح أو المجهول/ الحكم بإضافة المجهول للحكم،
والذي في أكثر النسخ للحكم بلام الجر، وهو الصواب لإفادته حكماً، وقوله: "للحكم" هو أحد الأقوال
الثلاثة. قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون
الغلة له ويجب [التوقيف¹⁸⁰] به على ثلاثة أقوال: أحدها حتى يُقضى له به، وهو الذي يأتي على
قول مالك في المدونة إن الغلة للذي هي في يده حتى يُقضى بها للطالب، وعلى هذا القول لا يجب
[توقيف¹⁸¹] الأصل المستحق [توقيفاً¹⁸²] يحال بينه وبينه ولا توقيف غلته، وهو قول ابن القاسم في
المدونة أن الرباع التي لا تحول ولا تزول لا توقف مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفا يمنع من
الإحداث فيها، والقول الثاني أنه يدخل في ضمانه إذا ثبت بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين،
والثالث إذا شهد له شاهد واحد. انتهى القولان الأخيران باختصار. والأول باللفظ.

فرع: قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي تكون به الثمرة في استحقاق الأصل غلة فيستوجبها
المستحق منه ببلوغها إليه إما بالحكم والقضاء، وإما بثبوت الحق بشهادة [شاهدين¹⁸³] وإما بأن

298

176 - في المطبوع يحرث وما بين المعقوفين من م 107 ويحيى 135 وسيد 49 والشيخ 232.

177 - في المطبوع وجد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 297 ويحيى 135 والشيخ 232.

178 - علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ وهو من باب قولهم قطعت بعض أصابعه.

179 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من م 107 وسيد 49 ويحيى 135 والشيخ 232

180 - في المطبوع التوفيق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويحيى 136 والشيخ 232.

181 - في المطبوع توفيق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 232.

182 - في المطبوع توفيقاً وما بين المعقوفين من ن ذي ص 298 وم 107 وسيد 49 ويحيى 135 والشيخ 233.

183 - في المطبوع شاهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 233.

متن الخطاب يشهد للمستحق شاهد واحد على الاختلاف المذكور في ذلك فروى أبو زيد عن ابن القاسم أن الثمرة تكون للمستحق ما لم تجد، وفي كتاب ابن المواز ما لم تيبس ويرجع عليه بالسقي والعلاج، وعلى ما قال في المدونة في الرد بالعيب ما لم تطب إذا لم يفرق بين [المسألتين،¹⁸⁴] وهذا إذا كان المستحق منه اشترى الأصول قبل إبار الثمرة، وأما إن كان بعد الإبار فالثمره للمستحق على مذهب ابن القاسم وإن جدت، ويرجع عليه بالسقي والعلاج كالرد بالعيب، وعلى مذهب أشهب تكون الثمرة للمستحق ما لم تجد، فإن جدت كانت للمشتري، وأما إن كان اشترى الأصل والثمره مزهية فاشترطها ففي كتاب ابن المواز أن الثمرة تكون للمستحق كيف كانت، يبيست أو جدت، أو باعها أو أكلها، ويغرم المكيلة إن عرفها، وإلا فالقيمة، وفي البيع يغرم الثمن الذي باعها [به¹⁸⁵] إن فاتت أو كانت بيد مبتاعها فهو مخير في أخذها أو إنفاذ بيعه أو أخذ الثمن، وإن تلفت عند المبتاع فليس إلا الثمن، وهذا على القول بأنها لا تصير غلة للمبتاع إلا باليبس أو الجداد، وأما على القول الذي يرى أنها تصير له غلة بالطيب فلا حق له فيها إذا أزهت عند البائع لأنها قد صارت له غلة بطيبها، ويأخذ المستحق النخل وحدها، ويرجع المستحق [منه¹⁸⁶] على البائع بما ينوبها من الثمن، ويسقط عنه ما ناب الثمرة لبقائها بيده إلا أن يكون اشتراؤه إياها من غاصب أو مشتر اشتراها بعد الإبار على مذهب ابن القاسم فهي ثلاثة أحوال: أحدها أن يكون المستحق منه اشتراها قبل الإبار، والثاني أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإبار، والثالث أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإزهاء والطيب. انتهى.

تنبيه: قال في البيان في شرح المسألة الرابعة من كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر الخلاف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان البائع ما نصه: وكذلك أيضا النفقة القياس فيها أن تجري على هذا الاختلاف، فعلى الأول لا يجب للمقضي عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضي له؛ لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه فغلته له، وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحق بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وعلى القول الثالث يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف بشهادة الشاهد لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وقد فرق في رسم حمل صبيا من رواية عيسى من كتاب الصلح بين النفقة والغلة فقال إن النفقة ممن تصير له والغلة للذي هو في يديه؛ لأن الضمان منه، وسأوى بين ذلك عيسى من روايته وهو القياس، وكذلك ظاهر المدونة أنه لا فرق بين الغلة والنفقة، والصواب أن لا فرق بينهما في أن يكونا جميعا للضمان إما من يوم وجوب التوقيف بشهادة شاهد واحد، وإما من يوم وجوبه بشهادة شاهدين، وإما من يوم القضاء/ والحكم. انتهى. وعلى ما في المدونة مشى المصنف في باب القضاء فقال: "والغلة له للقضاء والنفقة على المقضي له به".

ص: كوارث ش: ظاهره أن الغلة للوارث سواء كان وارثا من غاصب أو مشتر وليس كذلك، فإن

184 - في المطبوع المسلمين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 233.

185 - ساقطة من المطبوع وم 107 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 والشيخ 233.

186 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن ذي ص 298 وم 107 وسيد 49 والشيخ 233 ويحيى 136.

نص خليل وَمَوْهُوبٍ وَمُشْتَرٍ مِنْهُ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا.

متن الخطاب وارث الغاصب لا غلة له. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "فإن بيع المغصوب أو ورث [فإن¹⁸⁷] علم فكالغاصب، وإن لم يعلم فلا شيء عليه في السماوي ولا في الغلة سكن أو زرع"، وقوله: "[و¹⁸⁸] لا في الغلة" ظاهره [أن¹⁸⁹] الغلة تكون للمشتري وللوارث إذا لم [يعلم¹⁹⁰،] وهو صحيح في المشتري، وأما وارث الغاصب فلا غلة له باتفاق، سواء انتفع بنفسه أو أكرى لغيره، ونحوه لابن عبد السلام، وصرح بذلك اللخمي، ويفهم ذلك من قوله في باب الغصب: "أو وارثه أو موهوبه إلى آخره" وقال في الاستحقاق منها: ومن ابتاع دارا أو [عبيدا¹⁹¹] من غاصب ولم يعلم فاستغلم زمانا فالغلة للمبتاع بضمائه، وكذلك إن ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلمهم ثم استحقوا فالغلة للوارث. انتهى. [فهذا في الموروث المجهول¹⁹²] الذي لم يعلم أنه غاصب أو غير غاصب، ولذا قال اللخمي عقيبها وهذا وارث لا يدري بما كانت لأبيه. انتهى.

ص: وموهوب ش: يريد إذا كان الغاصب موسرا، وأما إذا كان الغاصب معسرا فإنه يرجع بالغلة على الموهوب، وقال اللخمي: فإذا وهب ما غصبه فاغتله الموهوب له فقال أشهب الموهوب بمنزلة المشتري، وقال ابن القاسم ليس بمنزلته ويرجع على الغاصب، فإن أعدم أو غاب فعلى الموهوب وهو أبين، ولا فرق بين الموهوب له ووارث الغاصب إذا كان غير عالم بالغصب، ولم يختلفوا في الوارث أنه يلزمه ما يلزم الغاصب فكذلك الموهوب له. انتهى بالمعنى إلى قوله وهو أبين. ومنه الخ باللفظ. فالوارث هنا إما وارث المشتري أو وارث الموهوب أو وارث ذي الشبهة، ولابن رشد كذلك، وسيأتي. والله أعلم.

ص: ومشتري ش: يعني أن الغلة للمشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب، يريد ولا رجوع للمغصوب منه على الغاصب بالغلة من يوم باع على المشهور كما صرح به ابن الحاجب وغيره. ص: إن لم يعلموا ش: قال البساطي: وهذا إذا تحقق عدم علمهم، وكذلك من جهلنا هل هو عالم أم لا فحملة على عدم العلم استصحابا لحال المسلم. انتهى. وهو كلام صحيح جار على المذهب. والله أعلم.

فائدة: سئلت عن جماعة ورثوا دارا كبيرة بعضها عامر وبعضها خراب وبعض الورثة حاضر وبعضهم غائب، فاستولى الحاضر على الدار وسكن العامر وعمر الخراب وسكنه فهل للغائبين الرجوع عليه بالأجرة في هذه المدة؟ وهل لهم نقض ما عمره من الخراب لكونه بغير إذنهم؟ أفتونا مأجورين فأجبت: الحمد لله: إن كان الوارث الحاضر الذي سكن لم يعلم بالغائب فلا رجوع له عليه فيما سكن، وله الرجوع عليه بحصته فيما أكره أو اغتله، هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك. قاله في

الحديث

187 - في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 234.

188 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 ويحيى 136 والشيخ 234.

189 - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 والشيخ 234 ويحيى 136.

190 - في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 234.

191 - * في المطبوع وم 107 عبدا وما بين المعقوفين من سيد 49 ويحيى 136 والشيخ 234.

192 - في المطبوع وهذا في المورث والمجهول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 234.

نص خليل
بِخِلَافِ ذِي دَيْنٍ عَلَى وَارِثٍ كَوَارِثٍ طَرَأَ عَلَى مِثْلِهِ إِلَّا أَنْ يَنْتَفِعَ وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى قِيلَ لِلْمَالِكِ أَعْطَاهُ
قِيمَتَهُ قَائِمًا فَإِنْ أَبَى فَلَهُ دَفْعُ قِيمَةِ الْأَرْضِ فَإِنْ أَبَى فَشَرِيكَانِ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ الْحُكْمِ.

متن الخطاب
أول كتاب الصدقات من البيان. وهو الذي مشى عليه المصنف بعد هذا حيث قال: "كوارث طرأ عليه
مثله إلا أن ينتفع"، وأما إن علم به فإنه يرجع عليه بأجرة ما سكن وبحصته من الغلة وما عمره مما
ليس بضروري، فإن أراد أحد منهم القسمة قسمت الدار، فإن وقع ما بناه في حصته كان له وعليه من
الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع في نصيب غيره خير من وقع في حصته
بين أن يعطيه قيمته منقوضا أو يسلم إليه نقضه، وعلى الباني من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب
أصحابه قبل القسمة، وإن أرادوا شركته ولم يرد واحد منهم القسمة فلهم ذلك بعد أن يدفعوا حصصهم
من قيمة ما عمله؛ قيل قائما، وقيل منقوضا. هذا محصل كلام ابن رشد في أول كتاب الاستحقاق
[من¹⁹³] البيان، والقول بأنه يأخذ قيمته منقوضا هو الظاهر لقول ابن يونس في كتاب العارية في ترجمة
من أعار أرضه: كل من بنى في أرض غيره من زوجة أو شريك أو غيره بغير إذن ربها
أو علمه/ فله قيمة عمله منقوضا. والله أعلم.

300

ص: بخلاف ذي دين على وارث ش: يشير إلى ما في أول سماع يحيى من القسمة في الورثة
يقتسمون التركة فتنمو في أيديهم ثم يطرأ دين يستغرق التركة بنمائها أنهم يردون ما أخذوا
[بنمائهم¹⁹⁴] ولا ضمان عليهم فيما نقص إلا أن يستهلكوه فيكون عليهم غرمه، وكذلك الموصى لهم
بأشياء بأعيانها، وأما ما اشتراه الورثة من التركة فحوسبوا به في ميراثهم [أو¹⁹⁵] اشتراه الموصى لهم
فحوسبوا به في وصاياهم فلهم نماؤه وعليهم ضمانه. قال ابن رشد: ولا خلاف في ذلك؛ لأنه لا فرق
بين أن يشتريه الورثة فيحاسبوا به في ميراثهم وفي وصاياهم وبين أن يباع من غيرهم ويدفع إليهم
الثمن، ونحوه في رسم الأقضية من سماع يحيى من الوصايا، وفي كتاب القسمة من المدونة ما يدل على
ذلك، وأما قول الشارح في شروحه الثلاثة والبساطي إن معنى كلام المصنف إذا كان لرجل دين على
شخص فدفع له فيه ملكا ورثه فاغتله، ثم استحق من يده فإنه يرد الغلة فغير صحيح ولا وجه له
لأنه قد نص المتيطي وابن سلمون وغيرهما من الموثقين على أن التصيير بيع من البيوع، وتقدم أن ما
اشترى الورثة أو الموصى لهم وحوسبوا بثمنه فيما أوصى لهم به أو في ميراثهم لهم نماؤه وعليهم
ضمانه. والله أعلم. ويوجد في بعض نسخ الأوسط زيادة على ما تقدم، ونصها: لأنه من باب جر النفع
لانتفاعه مع بقاء الدين على صاحبه. وهذا أيضا غير صحيح؛ لأنه يلزم مثله في جميع صور
الاستحقاق. والله أعلم.

ص: وإن غرس أو بنى قيل للمالك أعطاه قيمته قائما فإن أبى فله دفع قيمة الأرض ش:
تصوره ظاهر.

الحديث

193 - في المطبوع وم 108 في وما بين المعقوفين من سيد 50 والشيخ 235 ويحيى 137.
194 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 وم 108 ويحيى 137 والشيخ 235.
195 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 والشيخ 235.

متن الخطاب

فرع: فلو قال رب الأرض ما عندي ما أعطيه الآن وما أريد إخراجها ولكن يسكن وينتفع حتى يرزقني الله ما أؤدي منه لم يجز ذلك ولو رضي الذي عمر الأرض؛ لأنه سلف جر منفعة. قاله في سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، ونصه: إن كره المستحق أن يدفع ما عليه من القيمة أو كان معدما قيل للعامل ادفع إليه قيمة أرضه ثم يكون لك، فإن أبى أو كان معدما كانا شريكين على قدر قيمة الأرض وقيمة العمارة، ولو رضي الذي عمر الأرض أن يؤخر المستحق على أن ينتفع بها ما حل؛ لأنه سلف جر منفعة.

قال ابن رشد: ولو أكره [منه¹⁹⁶] المستحق بما وجب عليه من قيمة البناء لم يجز عند ابن القاسم للدين بالدين، ويجوز على مذهب أشهب؛ لأن قبض أوائل الكراء عنده كقبض جميعه. والله أعلم. وانظر أول رسم من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فيما يكون [للبناني¹⁹⁷] قيمة بنائه منقوضا وما له [قيمته¹⁹⁸] قائما. والله أعلم. وسئلت عن مسألة محصلها شريك غرس أو بنى في بعض

أرض مشتركة بينه وبين جماعة بغير إذنهم فهل/ للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه؟ فأجبت: إذا غرس الشريك أو بنى الأرض المشتركة بغير إذن شركائه فليس للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه، بل لو أراد هو أو أحدهم القسمة قسمت الأرض، فإن وقع غرسه وبناؤه فيما خصه كان له وعليه الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع الغرس أو البناء في حصة غيره خير من وقع في حصته بين أن يعطيه قيمة ذلك منقوضا أو يسلم له نقضه وعليه أيضا من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن لم يرد أحد منهم القسمة بل أرادوا بقاء الأرض مشتركة فلهم أن يدخلوا معه ويشاركوه بقدر حصصهم من الأرض بعد أن يسلموا إليه قدر حصصهم من قيمة عمله قيل قائما، وقيل منقوضا، وهو الراجح الجاري على مذهب المدونة، وانظر المسألة في أول كتاب الاستحقاق من البيان، وتكررت بعد ذلك في سماع عيسى منه، وفي رسم القطعان من سماع عيسى من الشركة وابن يونس في كتاب العارية وغير ذلك. والله أعلم.

ص: إلاً المَحْبَسَةَ فَالنَّقْضُ ش: يعني أن الأرض [المستحقة بحبس¹⁹⁹] فليس للبناني إلا حمل أنقاضه. قال في التوضيح بعد ذكره مسألة الاستحقاق والخلاف فيها: وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس فليس للبناني إلا حمل أنقاضه؛ إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائما، وليس له أن يعطي قيمة [البقعة²⁰⁰] ولا يكونان شريكين لأنه من بيع الحبس. انتهى. وهذا إن لم يوجد من يعطيه قيمة النقض، وأما إن وجد من يعطيه ذلك فيدفع ولا امتناع له من ذلك كما صرح بذلك في أحكام ابن سهل في مسائل الحبس، ونصه: عن ابن حبيب عن مطرف فيمن بنى مسجدا وصلى فيه نحو السنتين ثم باعه ممن نقضه أو بناه بيتا أو تصدق به [على من فعل هذا به²⁰¹] قال: يفسخ ما فعل ويرد إلى ما كان عليه مسجدا،

الحديث

196 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 300 وم 108 ويحيى 137 والشيخ 235.

197 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 300 وم 108 ويحيى 137.

198 - * في المطبوع قيمة وما بين المعقوفين من م 108 ويحيى 135 وسيد 50.

199 - في المطبوع المحبسة تحبس وما بين المعقوفين من ن عود ص 301 وم 108 ويحيى 137.

200 - * في المطبوع النفقة وما بين المعقوفين من م 108 ويحيى 137.

201 - * من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص 586.

وَضَمِنَ قِيَمَةَ الْمُسْتَحَقَّةِ وَوَلَدَهَا يَوْمَ الْحُكْمِ وَالْأَقْلُ إِنِ اخَذَ دِيَةً.

متن الخطاب وهو كالحبس لله لا يجوز بيعه ولا تحويله [عن حاله، ²⁰²] وللباني نقض بنائه، وإن شاء فليحتسب في تركه، وإن أراد نقضه فأعطاه محتسب قيمته مقلوعاً ليقره للمسجد أجبر الباني على ذلك إلا ما لا حاجة للمسجد [به ²⁰³] منه ولا بد من نقضه [فيترك ²⁰⁴] كذلك.

قلت: فنقض المسجد الأول أوجب على من نقضه أن يعيده كما كان؟ قال: عليه قيمته قائماً لأنه متعد في نقضه وهدمه ثم يبني بتلك القيمة. قال ابن حبيب: وقال لي أصبغ مثله، وكما يفهم ذلك أيضاً من نوازل ابن رشد في مسائل الأكرية، وذكر [ذلك ²⁰⁵] ابن عبد الرفيح في مختصر النوازل في مسائل الحبس، ونصها: مسألة من أكرى الأرض المحبسة عليه لمن يبني فيها لمدة فله أن يأخذ الأنقاض بقيمتها مقلوعة، وليس عليه أن يلحقها بالحبس، ولو كان الحبس على رجلين فأكرى أحدهما حصته بشيء فليس لصاحبه الدخول عليه. انتهى.

ص: وضمن قيمة المستحقة وولدها يوم الحكم ش: يعني أن من اشترى أمة فأولدها ثم استحقها إنسان فإن سيدها الذي أولدها يضمن قيمتها وقيمة ولدها الذي أولدها إياه، واحداً كان أو أكثر، ولا يضمن من مات، وهو القول الذي رجع إليه مالك، وكان أولاً يقول لمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة الولد قيل ثم رجع [عنهما ²⁰⁶] إلى أنه يلزمه قيمتها فقط يوم وطئها، وبه أفتى لما استحققت/ أم ولده إبراهيم وقيل أم ولده. محمد: وعبر عنه ابن رشد بقوله: وبه حكم عليه في استحقاق أم ولده، فإن أعدم الوالد اتبعه بقيمة الولد وقيمتها، فإن كان الولد موسراً أخذ منه قيمته فقط ولا يرجع [به على الأب. ²⁰⁷] انظر استحقاق المدونة.

وقال ابن يونس: انظر قول ابن القاسم إذا كان الأب عديماً والابن ملياً فليأخذ [من الابن ²⁰⁸] قيمة نفسه وهو إنما يأخذ منه قيمته يوم [الحكم، وكذا يجب عليه إن استحق ²⁰⁹] قيمته يومئذ بماله وقيمتها بماله أكثر مما في يده فكيف يصح أخذ قيمته منه؟ وأظن أن ابن القاسم إنما يقول قيمته بغير مال، وبه يصح قوله. قال في المجموعة: فإن كان للولد مال كسبه لم يقوم بماله لكن بغير ماله كقيمة عبد، ويؤدي ذلك الأب، ولا يؤخذ من أموال الولد شيء. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: للخصمي: لو استحققت حاملاً فعلى أن له أخذها يؤخر لوضعها فيأخذها وقيمة ولدها، فإن أسقطته أو ماتت فلا شيء على الأب، وعلى أخذ قيمتها يأخذ قيمتها الآن على ما هي عليه ولا ينتظر وضعها، وعلى القول الآخر ليس له إلا أخذ قيمتها يوم حملت انتهى.

202 * - من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص 586.

203 * - في المطبوع بد وما بين المعقوفين من م 108 والشيخ 236 ويحيى 137 وسيد 50.

204 * - من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص 587.

205 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 108 ويحيى 138 وسيد 50 والشيخ 236.

206 * - في المطبوع عنها وما بين المعقوفين من م 108 ويحيى 138 وسيد 50 والشيخ 236.

207 - في المطبوع عليه الأب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ 236.

208 - في المطبوع الاب وم 108 ويحيى 138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ 236.

209 * - في المطبوع الحكم وكان يجب إنما يستحق والشيخ 236 وم 108، وسيد 236 وما بين المعقوفين من يحيى 138.

نص خليل لَا صَدَاقَ حُرَّةٍ أَوْ غَلَّتْهَا.

متن الخطاب ص: لَا صَدَاقَ حُرَّةٍ أَوْ غَلَّتْهَا ش: انظر كتاب الاستحقاق من المدونة وشراحها والمشدالي، وانظر رسم [نذر²¹⁰] من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق وابن عرفة، وما ذكره هو المذهب من أن العبد إذا استحق بحرية لا يرجع على سيده بما اغتله منه من خراجه وأجرة عمله ولا بأجرة ما استخدمه فيه، وكذا لو كاتبه ثم استحق بحرية بعد أن قبض السيد الكتابة لم يرجع عليه بها بخلاف ما لو جرح فأخذ السيد لذلك أرشاً فله الرجوع على سيده بما أخذه من أرش جراحه، وكذا لو كان له مال اشتراه معه أو أفاده [عنده²¹¹] من فضل خراجه أو عمله أو تصدق به عليه أو وهب له [فانتزعه²¹²] فله [الرجوع على سيده بما انتزعه من ذلك، أما لو وهب له السيد مالا أو [استتجره²¹³] بمال فاستفاد فيه وقال إنما دفعته إليه لأنه عبدي، وكنت أرى أن لي أن أنتزعه منه متى شئت فللسيد أن يرجع في ذلك كله، وأما إذا قال اتجر بهذا المال لنفسك فليس له إلا رأس ماله، واختلف إذا أعطاه أو تصدق عليه ثم أعتقه، أو أعطاه بعد أن أعتقه وهو يرى أنه مولاه ثم استحق بحرية أو ملك فقيل له الرجوع عليه بذلك، وقيل لا رجوع له عليه. قاله جميعه في رسم يدير من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، وكذلك الأرض المستحقة بحبس لا يرجع بغلتها على القول المفتى به كما صرح بذلك ابن رشد في مسائل الحبس من نوازله.

قال في التوضيح: وهو الذي جرى به العمل. انتهى. وهذا -والله أعلم- إذا لم يعلم المستحقة من يده بالحبس، وأما إذا علم بالحبس واستغله فيرجع عليه بالغلة [إلا²¹⁴] إذا كان البائع للحبس هو المحبس عليه وكان كبيراً عالماً بالحبس فإنه لا رجوع له بالغلة ولو كان المشتري عالماً كما يأتي ذلك في كلام ابن سهل في مسائل الحبس، ونصه: قال ابن العطار: وإذا فسخ بيع الحبس فالغلة فيما سلف قبل ثبوت تحبيسه للمبتاع لا يرجع عليه بشيء منها إذا لم يعلم بالحبس بعد أن يحلف أنه لم يعلم، وما كان في رؤوس الشجر من الثمر وقت الاستحقاق فهو [للذين²¹⁵] ثبت لهم أصل التحبيس في حين [ثباته،²¹⁶] وإن كان في إبان الحرث فعليه كراء الأرض، وإن كان بائع الحبس هو المحبس عليه رجع عليه بالثمن، فإن لم يكن له مال وثبت عدمه حلف للمبتاع وأخذ من غلة الحبس عاماً بعام، فإن مات المحبس عليه قبل استيفاء الثمن رجع الحبس إلى من يستحقه ولم يكن للمبتاع منه شيء، فإن كان بائع الحبس كبيراً عالماً بالتحبيس عوقب بالأدب والسجن على بيعه إن لم يكن له عذر. قال القاضي ابن سهل: ينبغي

الحديث

- 210 - هكذا في ن عدود ص 302 ويحيى 138 وسيد 50 والشيخ 237 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (يدير).
 211 * - في المطبوع وم 109 عبد وما بين المعقوفين من يحيى 138 وسيد 50 والشيخ 237.
 212 - في المطبوع السيد وم 109 ويحيى 138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ 237.
 213 * - في المطبوع وم 109 وسيد 50 والشيخ 237 استخبره وفي يحيى 138 استأجره وما بين المعقوفين من البيان ج 11 ص 175.
 214 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الشيخ سيديا 237 وسيد 50.
 215 * - في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الأحكام لابن سهل ص 587.
 216 * - في المطبوع بنائه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 50 وم 109 والشيخ 237 ويحيى 132.

وَأِنْ هَدَمَ مُكْتَرٍ تَعْدِيًّا فَلِلْمُسْتَحِقِّ النُّقْضُ وَقِيَمَةُ الْهَدْمِ وَإِنْ أَبْرَأَهُ مُكْرِيه كَسَارِقٍ عَبْدٍ ثُمَّ اسْتُحِقَّ بِخِلَافٍ مُسْتَحِقٌّ مُدْعِي حُرِّيَّةٍ إِلَّا الْقَلِيلَ.

نص خليل

303
متن الخطاب
إن كان مالكا لنفسه مع ذلك [ألا يكون²¹⁷] له طلب المبتاع بشيء من الغلة وإن علم حين ابتياعه أنه حبس، وقد نزلت بقرطبة في مسألة القرشية وأفتيت فيها بذلك، وكان غيري خالفني فيها، وخلافه خطأ. انتهى. وظهره أنه إذا علم البائع بالحبس وكان هو المحبس عليه أن لا رجوع عليه بالغلة/ ولو علم المشتري أيضا بالحبس كما يفهم [من آخر كلامه،²¹⁸] وقد صرح بذلك المشذلي في أواخر كتاب الاستحقاق، ونصه: وسئل اللؤلؤي عمن حبس عليه حبس فباعه والمشتري عالم بأنه حبس أم لا فاستغله مدة ثم نقض البيع فقال لا يرد الغلة لأن البائع عالم فهو واهب للغلة، إلا أن يكون له شريك، أو يكون الحبس معقبا [فلشريكه²¹⁹] نصيبه من الغلة، وانظر المتيطي والطرر، وانظر ابن سهل فإنه أشار إلى مسألة اللؤلؤي، وأنها نزلت بقرطبة، وأن غيره خالفه. انتهى كلامه. والله أعلم. [وسئلت²²⁰] عن مسألة وهي شخص باع وقفا عليه يعلم بوقفه لشخص يجهل الوقفية، ثم باعه المشتري لشخص يعلم الوقفية، ثم إن المشتري الثاني باعه مع جهة أخرى موقوفة على البائع الأول تعدى هذا المشتري عليها فهل للبائع الأول مطالبة بالغلة في ذلك أم لا؟ فأجبت: الحمد لله وحده: إذا ثبت وقفية هذه الجهات بشروطه نقض البيع في جميعها، وأعيدت على ما كانت عليه، ولا رجوع للبائع الأول بغلة ما باعه وهو عالم بوقفه، وأما الجهة التي تعدى عليها المشتري الثاني وباعها فللبائع الأول الرجوع عليه بغلتها، ولا رجوع له على المشتري الثالث لجهل المشتري الوقفية. والله أعلم. وانظر أحكام ابن سهل فيما إذا باع القاضي الحبس، وانظر ابن سلمون في مسائل الحبس.

ص: وإن هدم مكتر تعديا فللمستحق النقض وقيمة الهدم ش: هذا كقوله في المدونة: ومن اكترى دارا فهدمها تعديا ثم قام مستحق فله أخذ النقض إن وجدته، وقيمة الهدم من الهادم. قال في التنبيهات: قوله: "بقية الهدم" قيل بما بينها بقعة وما بينها من القيمة بذلك البناء فيغرمه، وقيل قيمة ما أفسد من البناء، وعند ابن حبيب يضمن له ما أنفق في البناء، وقيل يأخذ النقض من مستحقها ثم يغرم له ما أفسد من الهدم. قال الشيخ أبو الحسن: قول عياض: "بما بينها بقعة"، يعني مع الانقاض. انتهى. ثم نقل بقية كلام التنبيهات، وقال عقبه: كذا في التنبيهات، ورأيت - يعني القول الأخير - في كلام التنبيهات في موضع آخر يأخذ النقض مستحقه، فعلى ما في التنبيهات يغرم قيمة البناء قائما، ويكون له النقض كمن تعدى على سلعة فأفسدها إفسادا كبيرا فإنه إذا ضمن قيمتها تكون له، وعلى ما في الموضع الآخر يكون هو التأويل الثاني. انتهى. والله أعلم.

الحديث

²¹⁷ - في المطبوع إلا أن يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302.

²¹⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 وم 109 ويحيى 138 (والشيخ 237 بلفظ لا من كلامه).

²¹⁹ * - في المطبوع فليس لشريكه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 109 ويحيى 138 والشيخ 237 وسيد 50.

²²⁰ - الواء ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 109 ويحيى 138 وسيد 50 والشيخ 237.

نص خليل وَلَهُ هَدْمُ مَسْجِدٍ.

متن الخطاب

تنبيه: قال القرطبي في شرح حديث جريج¹ من مسلم في قوله: {ولكن أعيدوها من طين كما كانت¹} يدل على أن من تعدى على جدار أو دار وجب عليه أن يعيده على حالته إذا انضبطت صفته وتمكنت مماثلته، ولا تلزم قيمة ما تعدى عليه، وقد يوب البخاري عليه من هدم حائطاً بنى مثله، وهو تصريح بما ذكرنا، فإن تعذرت المماثلة فالمرجع إلى القيمة، وهو مذهب الكوفيين والشافعي وأبي ثور، وفي العتبية عن مالك مثله، ومشهور مذهب مالك وأصحابه وجماعة من العلماء أن فيه وفي سائر المتلفات [المضمونات²²¹] القيمة إلا ما يرجع إلى الكيل والوزن؛ بناء منهم على أنه لا تتحقق المماثلة إلا فيهما. انتهى. ونحوه في الإكمال قال: ولا حجة لأولئك بهذا الحديث لأنه في شرع غيرنا وليس فيه أن نبينا أمر بذلك، ولعله بتراضيهما؛ ألا ترى إلى أن قولهم نبينها لك بالذهب، وهذا كان من طيب نفوسهم فكذاك بناؤها بالطين. انتهى.

ص: وله هدم مسجد ش: هذه مسألة ذكرها في كتاب الاستحقاق من المدونة، وتكلم الشيخ أبو الحسن على حكم النقض هل لا يؤخذ إلا عين النقض، أو إن كان بشبهة أخذت قيمته قائماً وإلا أخذ النقض؟ وأطال وجلب كلام الأشياخ، ومحصله اختصره ابن عرفة فقال: وفي جعل نقض المسجد في حبس مطلقاً أو إن كان بانيه غاصباً، وإن كان ذا شبهة جعلت قيمته في حبس قولان [لظاهر²²²] قول ابن القاسم فيها والصقلي عن سحنون، وصوبه اللخمي/ وقال: [ما²²³] لا بد من هدمه لمخالفته بناء [المساجد²²⁴] جعل نقضه في حبس مثله، وما شاكلها أخذه المستحق بقيمته، وإن بنى بشبهة وأبى المستحق من دفع قيمة البناء والآخر من قيمة الأرض وكانا شريكين فإن حمل القسم وفي حظ الحبس ما يصح مسجداً قسم وإلا يبيع وجعل منابه في مثله. انتهى. ومعنى القولين على ما ذكرناه أول الكلام وقوله: وقال ذكره اللخمي تفريعاً على [قول سحنون²²⁵] وقوله: "لمخالفته بناء [المساجد²²⁶] لعله بناء [الدوب²²⁷]؛ لأنه الذي يصح به الكلام، وهو كذلك في التبصرة. والله أعلم. فرع: [قال الشيخ أبو الحسن: 228] قال أبو محمد: وعلى قول ابن القاسم بجعل النقض في مسجد آخر، فإن لم يكن في موضعه [مسجد²²⁹] نقل ذلك النقض إلى أقرب المساجد إليه، ويكون الكراء على نقلانه منه، ويجوز لمن أخذه في كرائه ملكه. انتهى.

304

الحديث

1 - عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لم يتكلم في المهد إلا ثلاثة عيسى ابن مريم وصاحب جريج وكان جريج رجلاً عابداً فاتخذ صومعة فكان فيها فائتة أمه وهو يصلي فقالت يا جريج فقال يا رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فأنصرفت فلما كان من الغد أتته وهو يصلي فقالت يا جريج فقال يا رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فأنصرفت فلما كان من الغد أتته وهو يصلي فقالت يا جريج فقال يا رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فقالت اللهم لا تمته حتى ينظر إلى وجه المومسات فتذاكر بنو إسرائيل جريجاً وعبادته وكانت امرأة بغني يتمل بحسنها فقالت إن شئت لأفنته لكم قال فترضت له فلم يلتفت إليها فأتت راعياً كان يأوي إلى صومعته فأمكنته من نفسها فوقع عليها فحملت فلما ولدت قالت هو من جريج فأتوه فاستنزوه وهدموا صومعته وجعلوا يضربونه فقال ما شأنكم قالوا زينيت بهذه البغي فولدت منك فقال أين الصبي فجاءوا به فقال دعوني حتى أصلي فصرخ فلما انصرف أتى الصبي فطعن في بطنه وقال يا غلام من أبوك قال فلان الراعي فأقبلوا على جريج يقبلونه ويتمسحون به وقالوا نبني لك صومعتك من ذهب فقال لا أعيدوها من طين كما كانت ففعلوا. مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، دار إحياء التراث العربي 1972، رقم الحديث 2550.

- 221 - * في المطبوع المضمنات وما بين المعقوفين من م 109 وفي يحيى 139 وسيد 50 المضمونة.
222 - * في المطبوع الظاهر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 95 وم 109 ويحيى 139 والشيخ 238.
223 - في المطبوع لي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 وم 109 ويحيى 139 والشيخ 238.
224 - * في المطبوع المسجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 50.
225 - * في المطبوع ابن سحنون وما بين المعقوفين من يحيى 139 وسيد 50.
226 - * في المطبوع المسجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 50.
227 - * وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب قوله لعله بناء الدور الخ غير ظاهر.
228 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم 109 (ويحيى 139 بلفظ الشيخ أبو الحسن) (والشيخ 237 أبو الحسن بأسقاط قال).
229 - في المطبوع مسجداً وم 109 ويحيى 139 والشيخ 238 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304.

نص خليل وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ فَكَّالِمَبِيعٍ وَرُجِعَ لِلتَّقْوِيمِ وَلَهُ رَدُّ أَحَدِ عَبْدَيْنِ اسْتَحَقَّ أَفْضَلُهُمَا بِحُرِّيَّةٍ.

متن الحطاب ص: وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ فَكَّالِمَبِيعٍ ش: كَذَا فِي بَعْضِ النسخ فَكَّالِمَبِيعٍ شَبَهَ مَسْأَلَةَ الاسْتِحْقَاقِ لِلْبَعْضِ بِمَسْأَلَةِ اسْتِحْقَاقِ بَعْضِ الْمَبِيعِ فِي الْبَيْعِ، وَلَا مَعْنَى لِهَذَا التَّشْبِيهِ؛ لِأَنَ فَرَضَ الْمَسْأَلَةَ اسْتِحْقَاقِ بَعْضِ الْمَبِيعِ فِيهِ تَشْبِيهُ الشَّيْءِ بِنَفْسِهِ، وَفِي بَعْضِهَا فَكَّالِغَيْبٍ؛ يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى الشَّخْصُ شَيْئًا وَاسْتَحَقَّ بَعْضُهُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا إِذَا ظَهَرَ غَيْبُ بَعْضِ الْمَبِيعِ فَهَذِهِ النُّسخَةُ أَنْسَبُ، وَلَكِنْ عَلَى كُلِّ حَالٍ فَقَدْ قَدَّمَ الْمُؤَلِّفُ حُكْمَ اسْتِحْقَاقِ الْبَعْضِ فِي فَصْلِ الْخِيَارِ، وَإِنَّمَا نَبِهَ عَلَيْهِ هُنَا لِأَنَّهُ بَابُهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَلَا بَأْسَ بِذِكْرِ حُكْمِ اسْتِحْقَاقِ الْبَعْضِ عَلَى سَبِيلِ الْإِخْتِصَارِ، وَذَكَرَ كَلَامَ [المدونة²³⁰] بَعْدَهُ فَنَقُولُ إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَبِيعِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ شَائِعًا [أَوْ مَعِينًا، فَإِنْ كَانَ شَائِعًا²³¹] فَإِنَّهُ يَخِيرُ الْمُشْتَرِي فِي التَّمَسُّكِ وَيَرْجِعُ بَحْصَةَ الْجُزْءِ الْمُسْتَحَقِّ مِنَ الثَّمَنِ وَفِي رَدِّهِ لَضَرَرِ الشَّرْكَةِ، وَسَوَاءٌ اسْتَحَقَّ الْأَقْلَ أَوْ الْأَكْثَرَ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ جُزْءٌ مَعِينٌ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَقُومًا أَوْ مِثْلِيًّا، فَإِنْ كَانَ مَقُومًا كَالْعُرُوضِ وَالرَّقِيقِ وَالْحَيَوَانِ، فَإِنْ اسْتَحَقَّ الْبَعْضُ رَجَعَ بِحَصَّتِهِ بِالْقِيَمَةِ لَا بِالتَّسْمِيَةِ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ وَجْهَ الصَّفَقَةِ تَعِينُ رَدِّ الْبَاقِي، وَلَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِالْأَقْلِ، وَإِنْ كَانَ مِثْلِيًّا فَإِنْ اسْتَحَقَّ الْأَقْلَ رَجَعَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَفِي الرَّدِّ قَالَ فِي الْمَدُونَةِ: وَمَنْ ابْتَاعَ ثِيَابًا كَثِيرَةً أَوْ صَالِحًا بِهَا عَنْ دَعْوَاهُ فَاسْتَحَقَّ بَعْضُهَا أَوْ وَجَدَ بِهَا غَيْبٌ قَبْلَ قَبْضِهَا أَوْ بَعْدَهُ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ أَقْلَهَا رَجَعَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ [فَقَطُّ، وَإِنْ كَانَ وَجْهَ الصَّفَقَةِ انْتَقَضَ ذَلِكَ كُلُّهُ وَرَدَ مَا بَقِيَ، ثُمَّ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِمَا بَقِيَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ²³²] وَإِنْ رَضِيَ الْبَائِعُ؛ إِذَا لَا يَعْرِفُ ثَمَنَهُ حَتَّى يَقُومَ، وَقَدْ وَجِبَ الرَّدُّ فَصَارَ بَيْعًا مُؤْتَنَفًا بِثَمَنِ مَجْهُولٍ. انْتَهَى. وَهَذَا أَيْضًا يَخَالَفُ فِيهِ أَشْهَبُ وَابْنُ حَبِيبٍ وَيَجِيزَانِ التَّمَسُّكُ بِالْأَقْلِ. قَالَ أَبُو الْحَسَنِ. وَقَالَ: قَوْلُهُ "إِذَا كَانَ ذَلِكَ أَقْلَهَا إِلَى آخِرِهِ" لِأَنَّهُ هَذَا لَيْسَ بِبَيْعٍ مُؤْتَنَفًا بِثَمَنِ مَجْهُولٍ؛ لِأَنَّهُ الْبَيْعُ لَمْ يَزَلْ جَائِزًا بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ. انْتَهَى. وَيُقَالُ لِأَيِّ شَيْءٍ يَنْتَقِضُ الْبَيْعُ إِذَا اسْتَحَقَّ الْأَكْثَرَ وَلَا يَنْتَقِضُ فِي الْأَقْلِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ. ثُمَّ قَالَ فِي الْمَدُونَةِ: إِثْرُ الْكَلَامِ الْمُتَقَدِّمِ: وَلَوْ كَانَ مَا ابْتَاعَ مَكِيلًا أَوْ مُوزُونًا فَإِنْ اسْتَحَقَّ الْقَلِيلُ مِنْهُ رَجَعَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَلِزَمَهُ مَا بَقِيَ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا فَهُوَ مُخِيرٌ فِي أَنْ يَحْبِسَ مَا بَقِيَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدَّهُ، وَكَذَلِكَ فِي جُزْءٍ شَائِعٍ مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ؛ لِأَنَّهُ حَصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ مَعْلُومَةٌ/ قَبْلَ الرِّضَا بِهِ. انْتَهَى.

305

ص: وَلَهُ رَدُّ أَحَدِ عَبْدَيْنِ اسْتَحَقَّ أَفْضَلُهُمَا بِحُرِّيَّةٍ ش: [قَالَ أَبُو²³³] سَعِيدٌ فِي تَهْذِيبِهِ: وَمَنْ ابْتَاعَ عَبْدَيْنِ فِي صَفَقَةٍ فَاسْتَحَقَّ أَحَدَهُمَا بِحُرِّيَّةٍ بَعْدَ أَنْ قَبِضَهُ أَوْ قَبْلَ، فَإِنْ كَانَ وَجْهَ الصَّفَقَةِ فَلَهُ رَدُّ الْبَاقِي، [وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَجْهًا لَزِمَ الْبَاقِي بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ. اهـ. وَقَدْ تَعَقَّبَ عَلَى أَبِي سَعِيدٍ قَوْلُهُ فَلَهُ رَدُّ الْبَاقِي²³⁴] قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ: لَيْسَ فِي الْأَمْهَاتِ فَلَهُ رَدُّ الْبَاقِي وَإِنَّمَا [فِيهَا²³⁵] رَدُّ

الحديث

230 - فِي الْمَطْبُوعِ الْمُؤَلَّفِ وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 304 وَم 110 وَيَحْيَى 139 وَالشَّيْخُ 238.
231 - سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 304 وَم 110 وَيَحْيَى 139 وَالشَّيْخُ 239.
232 - سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 304 وَم 110 وَيَحْيَى 139 وَالشَّيْخُ 239.
233 - فِي الْمَطْبُوعِ كَذَا قَوْلُ أَبِي وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 305 (وَم 110) بَلَفْظُ كَذَا قَالَ ابْنُ (وَيَحْيَى 139) وَالشَّيْخُ 239.
234 - سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ وَيَحْيَى 139 وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 305 وَالشَّيْخُ 239 وَم 110.
235 - فِي الْمَطْبُوعِ فِيهِ وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 305 وَيَحْيَى 139 وَالشَّيْخُ 239.

نص خليل
كَأَنَّ صَالِحَ عَنْ عَيْبٍ بآخَرَ وَهَلْ يُقَوِّمُ الْأَوَّلُ يَوْمَ الصُّلْحِ أَوْ يَوْمَ الْبَيْعِ تَأْوِيلَانِ وَإِنْ صَالِحٌ فَاسْتَحَقَّ مَا بِيَدِ
مُدَّعِيهِ رَجَعَ فِي مُقَرَّبِهِ لَمْ يَفْتِ وَإِلَّا فَبِيْعِهِ كإِنْكَارٍ عَلَى الْأَرْجَحِ لَا إِلَى الْخُصُومَةِ وَمَا بِيَدِ الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ فَبِيْعِهِ كإِنْكَارٍ يَرْجِعُ بِمَا دَفَعَ وَإِلَّا فَبِقِيَمَتِهِ وَفِي الْإِقْرَارِ لَا يَرْجِعُ.

متن الخطاب الباقي، وهذه متعقبة؛ لأن ظاهره له الرد وله التمسك، فيكون كقول ابن حبيب وأشهب. انتهى. وما
ورد على أبي سعيد يرد على المصنف، وقوله بحرية، وكذلك برق، وقد دخل في قوله: "وإن استحق
بعض [فكالعيب]"²³⁶ وإنما نبه عليه لأنه قد يتوهم في هذه أنها صفقة جمعت حلالا وحراما فترد
[كلها]²³⁷ لأنهما في هذه لم يدخل على ذلك. والله أعلم.

ص: كأن صالح عن عيب بآخر ش: الذي في أكثر النسخ كان وهو الصواب، ويعني أن حكم ما إذا
اشترى عبدا ثم اطلع فيه على عيب قديم فصالح عنه بعد آخر ثم استحق أحدهما كحكم اشترائهما
في صفقة واحدة. قال في المدونة: ومن اشترى عبدا فأصاب به عيبا فصالحه البائع عن العيب على
عبد آخر دفعه إليه جاز، وكأنهما في صفقة واحدة، فإن استحق أحدهما فليفض الثمن عليهما وينظر
هل هو وجه الصفقة أم لا على ما ذكرنا؟ أبو الحسن: يعني فيمن [ابتاع]²³⁸ عبيدين في صفقة
واحدة. انتهى. وشبه المؤلف هذه المسألة بتلك كما في تهذيب أبي سعيد؛ إلا أن الحكم الذي يؤخذ
من كلامهما في المسألة الأولى ليس كذلك كما تقدم، فيكون في هذه أيضا [كذلك]، ولذا²³⁹ قال
اللخمي: قال ابن القاسم فيمن اشترى عبدا ثم وجد به عيبا فصالح عنه على عبد آخر ثم استحق
أحدهما فسبيلهما سبيل ما اشترى صفقة واحدة؛ يريد إن كانا متكافئين أو استحق الأدنى رجع بما
ينوب المستحق ولزم الآخر، وسواء كان المستحق الأول أو الآخر، وإن كان المستحق الأجود رد الآخر.
انتهى. والله أعلم.

ص: وإلا ففي عوضه كإِنْكَارٍ عَلَى الْأَرْجَحِ ش: أي وإن فاتت. قال في المدونة: بتغير بدن أو سوق
فيرجع في عوضه أي عوض الشيء المقر به وهو مثل المثلي وقيمة المقوم، كما يرجع في الإنكار بعوض
الشيء المصالح فيه فات أو لم يفت، وهو مثل المثلي وقيمة المقوم، وهذا يفرقه ذهن الطالب لأن في
الإقرار ثبت الشيء له، وأما في الإنكار فلم يثبت فكيف يتوهم [أنه]²⁴⁰ يأخذه؟ فيتعين أن يكون
المراد عوض الشيء المصالح به. والله أعلم.

ص: وفي الإقرار لا يرجع ش: قال أبو الحسن الصغير في صلح/ الإقرار على عوض بعد أن تكلم على
ما إذا استحق العوض: ولو استحق ما بيد المدعى عليه فقال أشهب في المجموعة إن استحق بالبينة
والحكم فليرجع على المدعي بما دفع إليه، وقال الطحاوي في كتابه: لا يرجع بشيء؛ لأنه أقر

306

الحديث

* 236 - في يحيى 140 فكالبيع.

* 237 - في المطبوع كلاهما وما بين المعقوفين من يحيى 140 وسيد 51 وم 110 والشيخ 238.

238 - في المطبوع باع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 وم 110 ويحيى 140 والشيخ 239.

* 239 - في المطبوع كذا ولذلك وما بين المعقوفين من يحيى 140 والشيخ 238 وسيد 51 وم 110.

240 - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 وم 110 ويحيى 140 والشيخ 239.

متن الخطاب أنه للمدعي، وأن ما أخذ منه ظلم، وذكر أن هذا قول لأهل المدينة وابن أبي ليلى ومن قال بقولهم. ثم قال الشيخ: والعمل عندنا اليوم على ما في كتاب الطحاوي والمدينين أنه لا يرجع، ويقال للمستحق من يده تأخذ النسخة وترجع على بائعك بالثمن، أو تخاصم ثم لا رجوع لك. انتهى. وانظر ما معنى قوله: "ويقال للمستحق إلى آخره". والله أعلم. وفي معين [الحكام: 241] فإذا أعذر للذي ألفى في يده العبد أو الدابة فالصواب أن [يقول 242] لا حجة لي إلا أن أرجع على من باع مني، فإن ادعى الذي ألفى في يده العبد أو الدابة مطعنا في الشهود أجل، فإن عجز بعد ذلك حكم عليه ثم لا يكون له رجوع على البائع؛ لأن قيامه عليه إنما هو بالبينة التي أعذر فيها، فإذا طعن فيها لم يكن له قيام. انتهى. وصرح ابن سلمون بأن من استحق [منه 243] شيء وادعى فيه دافعا وعجز عنه لم يبق له رجوع على بائعه. والله أعلم.

مسألة: قال في النوادر في كتاب الأقضية الأول في ترجمة من قيم عليه في شيء هل يقوم على من باع منه قبل الحكم؟ وهو في أثناء [الترجمة الكبيرة: 244] وفي كتاب ابن سحنون سأل حبيب سحنونا فيمن اعترف من يده شيء وثبت عليه بشاهد واحد، فيريد المشهود [عليه 245] أن يأخذ حميلا على من باع ذلك لثلا يحكم عليه في وقت يغيب هذا فيه؟ قال: لا حميل له عليه، ولا يعرض له حتى يحكم عليه. انتهى.

تنبيهات: الأول: من ادعى الحرية وذكر أنه من بلد كثر فيه بيع الأحرار ووافق المبتاع على أنه اشتراه من تلك البلد فقال ابن سهل: قال محمد بن الوليد ويحيى بن عبد العزيز إنه يكلف المشتري إثبات رقه، وقاله سحنون، وقال ابن لبابة: البينة على مدعي الحرية، وكان عبد الأعلى يفتي [بما قال 246] أصحابنا لفساد الزمان، ولست أراه، وقال ابن زرب: على السيد الإثبات على صحة ابتياعه ممن كان ملكا له، وبذلك أفتوا في فتنة ابن حفصون. انتهى من مسائل العتق وهي قبل مسائل النكاح.

الثاني: إذا ادعت الحرية ثم أقرت بالرق فقال ابن سهل في المحل المذكور: قالت طائفة لا يقبل رجوعها لأنها قد استحققت بدعواها، فليس لها أن ترق نفسها، وقالت طائفة يقبل رجوعها وتبقى مملوكة لسيدها. قال ابن عتاب: وبه أفتيت، واختاره القاضي ابن بشير، ولم يذكر لنا ابن عتاب إذ [ذكر ذلك ما في 247] سماع ابن القاسم قال مالك: يسمع نزوعها إلا أن يخاف أنها إنما نزع من خوف وأرادت ذكره واستحييت منه. انتهى.

الثالث: إذا اعترف المملوك بالرق ثم ادعى الحرية هل يقبل منه؟ انظر ابن سلمون في بيع الرقيق فإنه ذكر فيه قولين، وعلى أنه يقبل منه فإذا ثبت ذلك وكان البائع عديما فهل يرجع عليه بالثمن؟ فيه

241 - في المطبوع الحكم وما بين المعقوفين من م 110 ويحيى 140 والشيخ 239 وسيد 51.
242 - في المطبوع يقال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 51 وم 110 والشيخ 239.
243 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 وم 110 والشيخ 240.
244 - في المطبوع ترجمة كبيرة وم 110 ويحيى 140 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 والشيخ 240.
245 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 وم 110 والشيخ 240.
246 - في المطبوع بما قال قال وما بين المعقوفين من سيد 51 والشيخ 239 ويحيى.
247 - في المطبوع ذكرها في وما بين المعقوفين من م 110 ويحيى وسيد 51 والشيخ 239.

كَعَلْمِهِ صِحَّةٌ مِلْكٍ بِأَيْعِهِ لَا إِنْ قَالَ دَارُهُ وَفِي عَرَضٍ بَعَرَضٍ بِمَا خَرَجَ مِنْ يَدِهِ.

نص خليل

خلاف. ذكره ابن رشد في آخر سماع عيسى من كتاب الجهاد ورسم لم يدرك من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق.

متن الخطاب

الرابع: إذا شهد الشهود على الحرية [على العلم²⁴⁸] هل يفيد ذلك أم لا؟ انظر الباب الثالث والأربعين من التبصرة لابن فرحون، وانظر ابن سهل في المحل المذكور أولاً فإنه ذكر في ذلك خلافاً وفيه مسائل من هذا الباب، وانظر الباب [الثامن²⁴⁹] والعشرين من التبصرة فإن فيه أن الأصل الحرية، وفي أول الكتاب في الفرق بين المدعي والمدعى عليه.

الخامس: إذا أراد وضع قيمة العبد المستحق والذهاب إلى البلد التي فيها بائعه فله ذلك في المستحق برق لا بحرية؛ كما قاله في وثائق الجزيري، وفي سماع عيسى المذكور وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق. والله أعلم.

ص: كَعَلْمِهِ صِحَّةٌ مِلْكٍ بِأَيْعِهِ ش: قال الشيخ أبو الحسن الصغير في شرح مسألة الصلح المتقدمة: وقد اختلف إذا كان في عقد الشراء وعلم المبتاع صحة ملك البائع المذكور حين انبرام/ البيع وانعقاده فقال ابن القاسم وأشهب لا يرجع إذا استحق ذلك من يده، وقال غيرهما يرجع. انتهى. وفي أول البيوع من معين الحكام: مسألة: إذا صرح المبتاع بصحة ملك البائع لما باع ثم طرأ استحقاق فهل له رجوع على البائع أو لا؟ في ذلك روايتان: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء. رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء. قالوا وهو دليل المدونة؛ لأنه قال في كتاب الاستحقاق منها فيمن له على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة درهم على أن أخذ منه عبده ميمونا بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف. فقله: "عبده ميمونا" تصريح بإضافة العبد إليه.

307

ص: لَا إِنْ قَالَ دَارُهُ ش: قال في المتبعية في أوائل البيوع: وقولنا ابتاع منه جميع الدار أولى من إضافتها إلى البائع فيقال جميع داره، وكذلك جميع ما يبتاع من ملك أو سلعة لما وقع في ذلك من الاختلاف، فقد ذكر بعض الموثقين أنه إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع ثم استحق من يد المبتاع فإنه لا يرجع على البائع بشيء؛ لأن في إضافة ذلك إليه إقراراً من المبتاع بتحقيق تملك البائع لما باع منه، فإذا استحق من يده فقد علم أنه لم يستحق بحق فلم يكن له الرجوع وكان يرى أن يعقد الموثق ابتاع منه جميع الدار الذي ذكر البائع أنها له أو ابتاع منه جميع الدار التي بموضع كذا ولا يرى أن يقول جميع الدار التي له، وقال غيره من الموثقين إن قولك جميع الدار أو جميع داره بإضافة أو بغير إضافة سواء إن استحق ذلك من يد المبتاع رجع به على البائع، وقد أشار إلى ذلك أشهب في المجموعة فقال إنه يرجع بالثمن على البائع، والظلم إنما وقع عليه دون المبتاع؛ لأن بينة المستحق تقول إنه باع ما ليس له. قال ابن الهندي: والذي تدل عليه الأصول أن قول الموثق جميع الدار التي له ليس بمانع للمبتاع من الرجوع على البائع بالثمن عند الاستحقاق؛ إذ قد أحكمت السنة الرجوع

الحديث

²⁴⁸ - في المطبوع في العلم وما بين المعقوفين من م 110 ويحيى 140 والشيخ 239 وسيد 51.

²⁴⁹ - في المطبوع الثاني وما بين المعقوفين من ن عود ص 306 ويحيى 140 والشيخ 240.

عليه حتى لو لم يقل في الوثيقة ومرجع دركهم، والدليل على ذلك ما نص عليه أهل العلم في [عقد²⁵⁰] الوثائق في بيع جميع الأملاك، فإنهم استفتحوا ذلك اشترى فلان من فلان جميع ما [حوته²⁵¹] أملاكه وضمته فوائده وجمعته مكاسبه، وقولهم هذا كقول الموثق جميع الدار التي له لا فرق [بين²⁵²] ذلك فلو كان هذا عندهم [مانعا²⁵³] لرجوع المبتاع عند الاستحقاق على البائع ما كتبوه، وقد دارت غير مرة فقضي فيها بالرجوع بالدرك، وقد أوقفت على ذلك جماعة من أهل العلم الماضين فلم نجد عند أحد منهم أن ذلك يمنع الرجوع.

قال غير واحد من الموثقين: وهذا هو الصواب؛ لأنه ليس في إضافة ذلك إلى البائع إقرار من المبتاع [بتملك²⁵⁴] البائع له، وإنما معنى قوله ابتاع منه جميع داره أي جميع الدار التي ذكر البائع أنها له، وأيضا فلو أن المبتاع صرح [بتملك²⁵⁵] البائع للمبيع ثم استحق ذلك من يده فإن في رجوعه على البائع روايتين: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء، رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء هذا في صريح الإقرار فكيف بلفظ لا يحتمل إلا على بعد؟ والذي وقع لابن القاسم في العتبية من سماع عيسى، [وحكاها²⁵⁶] أيضا فضل بن مسلمة عن ابن القاسم أنه إذا أقر المبتاع أن جميع المبيع للبائع منه ثم استحق من يده أنه لا يرجع على البائع بشيء، وقال أشهب وعبد الملك وابن وهب وسحنون وغيرهم لا يمنع ذلك من الرجوع عليه، وهذا اختيار الشيوخ بالأندلس، وهو دليل ما في كتاب الاستحقاق من المدونة فيمن له على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة على أن [أخذ²⁵⁷] منه عبده ميمونا بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف، فقوله على أن أخذ منه عبده ميمونا كقول الموثق ابتاع منه داره.

وقال عباس في وثائقه: سألت عن ذلك محمد بن إدريس الفقيه فذكر أن ابن القاسم لا يبطل رجوع المبتاع بذلك على البائع إلا أن يقر أنها من خطة آبائه وأجداده فيبطل دركه حينئذ عنده، وكذلك في العبيد والدواب لا يبطل دركه إلا أن يقر أن ذلك من [تلاد²⁵⁸] البائع فيبطل دركه. انتهى. ونحوه في الوثائق المجموعة، وقوله: "من خطة آبائه" أي من بناء آبائه، وقوله من [تلاده²⁵⁹] أي ولد عنده. والله أعلم. وفي حاشية المشذلي في آخر كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر قول ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء. ابن عبد السلام: والأصح من القولين عدم الرجوع. انتهى. وفي أبي الحسن الصغير إثر الكلام المتقدم: وذكر

308

- 250 - في المطبوع نص وما بين المعقوفين من ن عود ص 307 وم 111 ويحيى 141 والشيخ 241.
 251 - في المطبوع جرته وما بين المعقوفين من ن ذي ص 307 وم 111 ويحيى 141 والشيخ 241.
 252 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عود ص 307 وم 111 ويحيى 141 والشيخ 241.
 253 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 307 وم 111 والشيخ 241.
 254 * - في المطبوع بتمليك وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 141 والشيخ 240.
 255 * - في المطبوع تمليك وما بين المعقوفين من م 111 والشيخ 240 وسيد 51.
 256 * - في المطبوع وم 111 وحكاها وما بين المعقوفين من يحيى 141 والشيخ 240 وسيد 51.
 257 * - في المطبوع ياخذ وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 141 والشيخ 240 وسيد 51.
 258 * - في المطبوع تلادة وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 141 والشيخ 240 وسيد 51.
 259 * - في المطبوع تلادة وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 141 والشيخ 240 وسيد 51.

نص خليل

أَوْ قِيمَتِهِ إِلَّا نِكَاحًا وَخُلْعًا وَصُلْحَ عَمْدٍ وَمُقَاطَعًا بِهِ عَنْ عَبْدٍ أَوْ مُكَاتَبٍ أَوْ عُمَرَى وَإِنْ أَنْفَذْتُ وَصِيَّةً مُسْتَحَقٌّ بَرَقَ لَمْ يَضْمَنْ وَصِيٌّ وَحَاجٌّ.

متن الخطاب

الباجي أنه اختلف أيضا إذا كان في عقد الشراء داره أو الدار التي له قال: ينبغي أن يتحرز الموثق من الخلاف فيسقطه ويكتب دارا أو الدار التي ذكر أنها له، وذكر ابن العطار في وثائقه القولين قال: والقضاء بأنه يرجع. قال ابن الهندي: إذا قال في آخر الوثيقة على سنة المسلمين ومرجع دركهم فإنه يسقط الخلاف، ويكون له الرجوع قولاً واحداً. انتهى. والظاهر أن قوله: وذكر ابن العطار الخ راجع إلى كلامه الأول في المسألة الأولى، وذكر ابن رشد القولين في سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فقف عليه إن أحببته، فقد ظهر معنى قول المصنف: "لا إن قال داره" أي لا إن قال الموثق في الوثيقة داره أو الدار التي له، وقد علمت أن هذا هو الصحيح، وأما المسألة الأولى فلو أشار المؤلف فيها إلى القول الثاني ولو بصحح أو عمل به لكان حسناً. والله أعلم.

ص: أو قيمته ش: والقيمة يوم البيع. قاله في كتاب الاستحقاق من المدونة. أبو الحسن: لأن البيع صحيح، وإنما يراعى يوم القبض في البيع الفاسد أو الهبة على أحد القولين. انتهى. والفوات بتغير السوق والبدن والعنق والاستيلاد وتزويج الأمة. قاله في المدونة. والله أعلم.

ص: إلا نكاحاً ش: ذكر ست نظائر والسابعة مسألة الصلح على الإنكار إذا استحق الشيء المصالح به. وانظر لو مات العبد في يدها ثم استحققت في أبي الحسن الصغير في كتاب الاستحقاق.

ص: أو مقاطعاً به ش: قال في كتاب البيوع من المدونة: وإذا بعث عبدك من نفسه بأمة له فقبضتها ثم استحققت أو وجدت بها عيباً لم يكن لك ردها عليه، وكأنك انتزعتها منه وأعتقته، ولو [بعته]²⁶⁰

بها نفسه وليست له يومئذ رجعت عليه بقيمتها لا بقيمته كما لو قاطعت مكاتبك على أمة في يده فقبضتها وأعتقته وتمت حريره ثم استحققت، أو وجدت بها عيباً فإنك ترجع عليه بقيمتها ديناً، وهذا كالنكاح بها بخلاف البيوع. انتهى. قوله: ولو بعته بها نفسه وليست له يومئذ. قال ابن

يونس: قال يحيى: وهي بعينها في ملك غيره، وقوله: "كما لو قاطعت مكاتبك" إلى آخره يريد ويجوز أن يقاطع المكاتب على عبد في يده، فإن استحق أو وجد [به]²⁶¹ عيب رجع بقيمته بلا

خلاف في هذا؛ لأن سيده كان غير قادر على أخذ ماله فهو بخلاف العبد، وإن أعتق عبده على عبد موصوف فاستحق أو وجد به عيب رجع عليه بمثله في [صفته]²⁶² ابن يونس: فصار ذلك على

ثلاث رتب؛ في المعين لا يرجع عليه بشيء، وفي الموصوف يرجع عليه بمثله، وإذا كان المعين لغيره رجع بقيمته. انتهى من ابن يونس. ونقله أبو الحسن، ونقل بقية النظائر. والله سبحانه أعلم.

ص: أو عمرى ش: يريد أن من أعمار رجلاً حياته داراً، ثم أعطى [المعمر بكسر]²⁶³ الميم المعمر بفتحها عبداً عوضاً عما جعله له من العمرى، ولا يجوز أن يعطي رجلاً عبداً لرجل ليعمره داراً فليس

309

الحديث

²⁶⁰ - في المطبوع بعث وما بين المعقوفين من سيد 51 ويحيى والشيخ 241.

²⁶¹ - في المطبوع بها ويحيى 142 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 308 وم 111 والشيخ 242.

²⁶² * - في المطبوع صفقة وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 142 وسيد 51 والشيخ 241.

²⁶³ - في المطبوع المعمر داراً ثم أعطى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 308 وم 111 والشيخ 242 ويحيى 142.

نص خليل
 إِنَّ عُرِفَ بِالْحُرِّيَّةِ وَأَخَذَ السَّيِّدُ مَا يَبِيعُ وَلَمْ يَفُتْ بِالثَّمَنِ كَمَشْهُودٍ بِمَوْتِهِ إِنَّ عُذْرَتَ بَيِّنَتُهُ وَإِلَّا فَكَالْغَاصِبِ
 وَمَا فَاتَ فَالْثَّمَنُ كَمَا لَوْ دَبَّرَ أَوْ كَبَّرَ صَغِيرٌ.

متن الخطاب مرادنا هنا. والله أعلم.

ص: إن عرف بالحرية ش: هذا كقوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: فإن كان معروفا بالحرية لم يضمن الوصي ولا متولي الحج. قال أبو الحسن: ظاهره أن مع الجهل يحمل على الرق، وفي آخر كتاب الرجم أن الناس محمولون على الحرية، فمعنى قوله هنا: "إن كان معروفا بالحرية" فيمن ظهرت فيه مخايل الرق أو صفة تؤذن بالرق، وأما مع الجهل بحاله فمحمول على الحرية كما قال [في آخر²⁶⁴] كتاب الرجم فيفسر هذا الموضع بما قلناه. ثم قال: ومفهوم قوله: "إن كان معروفا" أنه لو كان غير معروف لضمن لأنه تعدى على مال الغير. انتهى. ويعني [بغير²⁶⁵] المعروف من ظهرت عليه مخايل الرق أو من فيه ريبة كما تقدم.

ص: وأخذ السيد ما بيع ولم يذت، بالثمن ش: قال في المدونة: ويأخذ السيد ما كان قائما من التركة لم يبيع وما يبيع وهو قائم بيد مبتاعه فلا يأخذه السيد إلا بالثمن، ويرجع بذلك الثمن على البائع. قال أبو الحسن: قوله يرجع على البائع وقال أولا لم يضمن الوصي قالوا معنى ما تقدم أن الثمن فات وصرفه في مصارفه، ومعنى قوله: يرجع على البائع أن الثمن قائم بيده. انتهى. يريد أو صرفه في غير ما لم يوص به الميت.

ص: وإلا فكالغاصب ش: قال في المدونة: فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم فذلك كتعمدهم الزور فيأخذ متاعه حيث وجده. قال الرجراجي: وسواء كانت شهادتهم عند الورثة أو عند القاضي، وتأول القاضي إسماعيل المدونة على أنهم شهدوا عند الورثة، وأما إن شهدوا عند القاضي فلا سبيل إلى متاعه إلا بالثمن. قال الرجراجي: وهذا الذي قاله مخالف لنص المدونة. والله أعلم.

تنبيه: قال أبو الحسن: وحملهم على الكذب حتى يأتوا بالشبهة. والله أعلم.

ص: وما فات فالثمن ش: هذا قسيم قوله: "ما يبيع ولم يفت" يعني وأما ما فات فإنما له الرجوع بالثمن على الذي باع ذلك، وقاله في المدونة.

فرع: قال في كتاب الرهون من المدونة: وإذا باع السلطان الرهن ودفع ثمنه إلى المرتهن ثم استحق الرهن وقد فات عند المبتاع، أو غاب عليه المبتاع فلم يوجد فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن ويرجع المرتهن بحقه على الراهن، وقاله مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها، وقد دارت في أيدي رجال أنه يأخذ الثمن من أيهم شاء. [انتهى. أبو²⁶⁶] الحسن: وفوات الشيء المستحق إنما هو بزوال عينه أو ما يقوم مقام زوال عينه، وقوله: أو غاب به المبتاع في الأمهات وغاب، واختصار

الحديث

264 - في المطبوع قال بعض في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 309 وم 111 قال في كتاب ويحيى 142 والشيخ 242.

265 - في المطبوع تغيير وما بين المعقوفين من ن ذي ص 309 وم 111 ويحيى 142 والشيخ 241 وسيد 51.

266 * - في المطبوع من أبي وما بين المعقوفين من سيد والشيخ 242 ويحيى 142 وم 112.

باب الشُّفْعَةُ أَخْذُ شَرِيكَ.

نص خليل

أبي سعيد أحسن؛ لأنه معنيان، ومفهومه أنه لو لم يفت لكان الحكم غير هذا، وهو أنه يأخذه المستحق [بغير²⁶⁷] ثمن ولا [يرد²⁶⁸] [هذه مسألة²⁶⁹] محمد في الذي يباع عليه ماله وهو غائب ثم قدم فأثبت البراءة من الدين أنه قال يأخذ ذلك بالثمن، والفرق بينهما أن مسألة محمد بيع على ملك الغائب، وهذا بيع على غير ملك المستحق، وانظر/ مسألة محمد في كتاب الأقضية لابن يونس. انتهى. وانظر ابن سلمون في باب من أحاط الدين بماله، وقال أبو الحسن: قوله فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن. عياض: الذي يقطع به أن مذهب المدونة أن رجوعه على المرتهن، والذي قال ابن حبيب وأصبع عن ابن القاسم أنه إنما يرجع على الراهن إلا أن يكون عديما فيرجع على المرتهن. الشيخ: وسبب الخلاف هل هذا الرهن إنما يبيع على [ملك²⁷⁰] الراهن وفيما عليه، أو إنما يبيع لحق المرتهن وأنه بحكم الحاكم بالبيع زال ملك الراهن؟ وبعضهم حمل المدونة على أن الراهن عديم، ثم قال: قوله يأخذ الثمن من أيهم شاء إلا الأخير فإنه لا يرجع على أحد، فإن أخذه من الأول صحت جميع الصفقات بخلاف الشفعة إن أخذه من الأول بطلت جميع الصفقات، والفرق بينهما أنه إنما يرجع بالثمن [وفي الشفعة²⁷¹] إنما يرجع في الدار. انتهى. وتقدم في آخر باب الغصب شيء من هذا، وقال البرزلي في أثناء كتاب الأقضية: قال اللخمي في كتاب التخيير: من أثبت ديناً على غائب وباع فيه داره ثم قدم الغائب وأثبت أنه قضاه دينه [نفذ²⁷²] البيع، إذا فات لأنه لم يتعد على الذمة. ابن عات: هو مخالف لما قاله أبو الوليد أنه يجوز بيع الرهن دون الحكم، سواء كان في وثيقة الدين تصديق المرتهن في الاقتضاء أم لا، فإن ادعى بعد ذلك دفع الدين فإن لم يشترط التصديق في الاقتضاء وأقام البينة على الدفع انتقض البيع، وإن لم تقم بينة حلف المرتهن ونفذ البيع وإن نكل حلف الراهن لقد أداه وسقط الدين ونفذ البيع. ذكره ابن فتحون.

قلت: لعل مسألة اللخمي باع بحكم حاكم ومسألة ابن فتحون بغير حاكم. انتهى من مسائل الأقضية. ص: باب الشفعة ش: قال ابن رشد في المقدمات: والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه، فيه فسمي ذلك شفعة، وسمي الآخذ شفعيا والمأخوذ منه مشفوعا عليه. انتهى. والشفعة بسكون الفاء. قاله عياض.

ص: أخذ شريك ش: تمام الرسم قوله: "ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة" عقارا بمثل الثمن

310

متن الخطاب

الحديث

267 - * في المطبوع من غير وما بين المعقوفين من م112 ويحيى142 والشيخ242 وسيد51.

268 - * في يحيى142 ترد.

269 - * في سيد51 هذه المسألة مسألة محمد.

270 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 وم112 ويحيى142 والشيخ243.

271 - * في المطبوع والشفعة وما بين المعقوفين من م112 ويحيى142 والشيخ242 وسيد51.

272 - * في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من م112 والشيخ242 وسيد242 وسيد51 وفي يحيى142 مضى.

نص خليل وَلَوْ ذَمِيًّا بَاعَ الْمُسْلِمُ لِذِمِّيٍّ كَذَمِّيٍّ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا أَوْ مُحَبِّسًا.

متن الخطاب أو قيمته أو قيمة الشقص، وهو قريب من [رسم²⁷³] ابن الحاجب، واعترضه ابن عرفة بأنه رسم الأخذ لا رسم ماهية الشفعة ورسمها [بأنها²⁷⁴] استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. انتهى. قلت: قد يقال إنه غير جامع لخروج ما [تكون²⁷⁵] فيه الشفعة بقيمة الشقص فتأمل. واعتراض ابن عرفة المذكور هو في مختصره، ونقل عنه تلميذه البرزلي أنه نقض رسم ابن الحاجب أيضا بأخذ الشريك الثوب إذا وقف على ثمن، وبما إذا وقع ثوب مسلم في الغنائم وأخذه رجلان فأخذ من أحدهما ثم أراد الأخذ من الآخر. انتهى. وقوله: "أخذ شريك" أي بجزء مشاع، وأما لو كان شريكا بأذرع وهي غير معينة ففيها خلاف. قال مالك: لا شفعة وأثبتها أشهب، ورجح ابن رشد الأول وأفتى به وحكم به بأمره. قاله في آخر كتاب الشفعة من المقدمات.

ص: ولو ذميا باع المسلم لذمي كذمييّن تحاكموا إلينا ش: قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: وإذا كانت دار بين مسلم وذمي فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي فلشريكه الذمي أن يشفع كما لو كان مسلما. انتهى. وفي التبصرة للخمّي: وإن باع النصراني نصيبه من مسلم أو نصراني كانت للمسلم الشفعة. انتهى. ثم قال في المدونة إثر الكلام المتقدم: ولو كانت بين ذمييّن فباع أحدهما لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكما إلينا. انتهى. وفي أول سماع يحيى من الشفعة: وسألت ابن القاسم عن/ النصرانييّن الشريكين في الأصل يبيع أحدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه أيقضى له بها [على المشتري مسلما كان أو نصرانيا؟]²⁷⁶ قال: أما على المسلم يقضى بها للنصراني لأنني قد كنت أقضي بها [أيضا²⁷⁷] للمسلم على النصراني، وأما إذا كان الشفيع نصرانيا وكان شريكه مسلما أو نصرانيا فاشتري نصراني [نصيب الشريك النصراني]²⁷⁸ فلا أرى أن يقضى بينهما بشيء؛ لأن الطالب والمطلوب نصرانيان، فهما يردان إلى أهل دينهما لأن المطلوب يقول ليس في ديننا الحكم بالشفعة فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما إلا أن يتراضيا على ذلك. ابن رشد: تحصيل القول في هذه المسألة أنه إن كان الشفيع الذي لم يبع أو المشتري المشفوع عليه مسلما قضي بالشفعة لكل واحد منهما على صاحبه باتفاق المذهب؛ لأنه حكم بين مسلم ونصراني، واختلف إن كان الشفيع والمشتري المشفوع عليه نصرانييّن والشريك البائع مسلما فقال في هذه الرواية إنه لا يقضى في ذلك بالشفعة، ويردان إلى أهل دينهما لأن الشافع والمشفوع نصرانيان. وقال في أصل الأسدية وهو في بعض روايات المدونة أنه يقضى في ذلك بالشفعة من أجل أن الشريك البائع مسلم، وهو قول أشهب في المجموعة. انتهى. فالقول الثاني هو الذي مشى عليه المؤلف فقال: ولو كان الشريك الأخذ بالشفعة

311

الحديث

273 - في المطبوع قول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 وم 112 ويحيى 142 والشيخ 244 ومايaby 1.

274 - في المطبوع هو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 ويحيى 142 وم 112 ومايaby 1 (والشيخ 244 فإنها).

275 * - في المطبوع وم 112 وسيد 52 والشيخ 243 يكون وما بين المعقوفين من يحيى 142.

276 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 وم 112 ويحيى 143 والشيخ 244 ومايaby 1.

277 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 ويحيى 143 والشيخ 244 ومايaby 1.

278 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 (ويحيى 143 والشيخ 244 شريكه).

لِيُحْبَسَ كَسُلْطَانٍ لَا مُحَبَسٍ عَلَيْهِ وَلَوْ لِيُحْبَسَ وَجَارٍ وَإِنْ مَلَكَ تَطَرُّقًا.

نص خليل

متن الخطاب
ذميا والحالة أن شريكه مسلم باع لذي، وأشار بلو إلى القول الأول في كلام ابن رشد، ودخل في كلامه بالأحرورية ما إذا باع الشريك المسلم لمسلم فيكون لشريكه الذمي الشفعة، أو باع النصراني حصته لمسلم أو ذمي فلشريكه المسلم الشفعة، أو كانت بين ذميين فباع أحدهما حصته من مسلم لأن هذه متفق على وجوب الشفعة فيها كما تقدم، وقول الشارح: [مفهوم²⁷⁹] قوله: [لذمي²⁸⁰] لو باع لمسلم لا شفعة له وليس كذلك لا يرد على المصنف لأن هذه الصورة داخلية في كلامه بالأحرورية فليتأمل. وقول البساطي: واعترضوا عليه بأنه مخالف للمدونة.

قلت: ولعله رجع ما لابن القاسم في المجموعة أن المسلم إذا باع لنصراني وشريكه نصراني فلا شفعة للنصراني فيه سهو ظاهر. والله أعلم. قوله: "كذمين تحاكموا إلينا" هذه الصورة السادسة فإن للمسألة سبع صور؛ لأن الدار تارة تكون شركة بين ذمي ومسلم [وتارة شركة بين ذميين وتارة بين مسلمين وإذا كانت شركة بين مسلم وذمي²⁸¹]، فتارة يبيع المسلم حصته من مسلم أو ذمي، وتارة يبيع الذمي حصته من مسلم أو ذمي، [وإن²⁸²] كانت الدار بين ذميين فتارة يبيع أحدهما حصته من مسلم أو ذمي فهذه ست، والسابعة إذا كانت الدار بين مسلمين فباع أحدهما حصته من ذمي؛ فواحدة صريحة في كلام المؤلف وهي ما إذا باع المسلم حصته لذمي وكان شريكه ذميا [وهي محل²⁸³] الخلاف، [والخمس الآخر²⁸⁴] داخلية في كلام المؤلف بالأحرورية لأنها متفق عليها، وبقيت واحدة وهي ما إذا كانت بين ذميين فباع أحدهما لذمي فأشار إليها بقوله: "كذمين تحاكموا" وهكذا قال في المدونة: ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما نصيبه لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن [يتحاكما إلينا. قال أبو الحسن الصغير: معناه أنه باعه من ذمي يدل عليه قوله: "إلا أن²⁸⁵] [يتحاكما²⁸⁶] إلينا"، وقال أشهب إذا كان المبتاع مثلهما فلا شفعة وإن تحاكموا إلينا. انتهى. فقول المؤلف: "كذمين تحاكموا إلينا" يعني كما إذا كانت لذميين والحالة أنه باع أحدهما لذمي، ويدل على أن أحدهما باع لذمي قوله باع المسلم لذمي، وقوله: "كذمين" بالجمع لا بالتثنية كما تقدم، وحذف الجار والمجرور في قوله: "إلينا" للعلم به. والله أعلم.

ص: ليحبس ش: يريد وأما لو أخذها لنفسه فليس له ذلك.

تذنيه: لو أعر إنسان إنسانا جزءا مشاعا من دار وله فيها شريك فباع شريكه فللمعمر بكسر الميم أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحصة ترجع إليه بعد موت المعمر بفتح الميم. قاله ابن الحاجب.

ص: وجار وإن ملك تطرقا ش: قال في/ كتاب الشفعة من المدونة: ولا شفعة بالجوار والملاصقة في

312

الحديث

279 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 وم 112 ويحيى 143 والشيخ 244 وما يابى 2.

280 - في المطبوع الذمي وما بين المعقوفين من ن ذي ص 311 وم 112 ويحيى 143 والشيخ 243 والشيخ 243 وسيد 52.

281 - ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في م 112 ويحيى والشيخ 242 وسيد 52.

282 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من م 112 ويحيى والشيخ 242 وسيد 52.

283 * - في المطبوع وهو على وما بين المعقوفين من م 112 والشيخ 244 وسيد 52 وفي يحيى 143 فهي محل.

284 * - في المطبوع والخامسة الأخرى وما بين المعقوفين من م 112 ويحيى 143 وفي سيد 52 والشيخ 244 والخمسة الآخر.

285 - في المطبوع يتحاكما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 وم 112 ويحيى 143 والشيخ 245 وما يابى 2.

286 * - في المطبوع أن يتحاكما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج 4 ص 125.

نص خليل وَنَاطِرٍ وَقَفٍ وَكَرَاءٍ وَفِي نَاطِرِ الْمِيرَاثِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب سكة أو غيرها، ولا بالشركة في الطريق، ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له فيها. انتهى. قال ابن يونس: لأنه إنما له حق في الجوار لا في نفس الملك. انتهى.

ص: وناظر وقف ش: لا إشكال في عدم أخذه بالشفعة على القول الذي مشى عليه المصنف من أن المحبس عليه ليس له أن يأخذ بالشفعة ولو ليحبس، وقد يؤخذ ذلك من قول أبي الحسن في آخر كتاب الشفعة لما ذكر قوله في المدونة أن المحبس عليهم ليس لهم أن يأخذوا بالشفعة. قال ابن سهل: به يستدل على أن صاحب المواريث لا يشفع لبيت المال والمساجد. انتهى. والله أعلم.

ص: وكراء ش: أي وكذا لا شفعة في الكراء، وما ذكره المصنف هو أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه، وإنما اقتصر عليه لأنه مذهب المدونة في أول كراء الدور والأرضين حسبما أشار إلى ذلك في توضيحه، وصرح ابن ناجي في شرح المدونة بمشهوريته، وسيأتي لفظهما. قال في المدونة في كراء الدور: وإذا اكرت رجلان دارا بينهما فلأحدهما أن يكرى حصته قال مالك ولا شفعة فيه لشريكه بخلاف البيع. انتهى.

قال ابن ناجي: ما ذكره من عدم الشفعة هو المشهور، وقال أشهب وابن المواز له الشفعة، وقال في التوضيح في كتاب الشفعة في شرح قول ابن الحاجب: "وفي الثمار والكتابة وإجارة الأرض للزرع قولان" قوله: " وإجارة الأرض للزرع" لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء، والقولان لمالك، ومذهب ابن القاسم في المدونة سقوطها، وهو قول عبد الملك والمغيرة، وبوجوبها قال مطرف وأشهب وأصبع، واختلف أيضا في المساقاة كالكراء، والأقرب سقوطها في هذه الفروع؛ لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي وردت الشفعة فيه. انتهى. وأصله لابن عبد السلام، ونصه: وليس في قول المؤلف: " وإجارة [الأرض²⁸⁷]" دليل على خصوصية هذه الصورة بالخلاف في ثبوت الشفعة فيها بل ذلك عام في كراء العقار، لكن مذهب ابن القاسم سقوط الشفعة في الكراء، وهو قول المغيرة وعبد الملك، وقال أشهب ومطرف وأصبع فيه الشفعة، وهو قول ابن القاسم أيضا، والقولان مرويان عن مالك، واختلف أيضا في المساقاة كما اختلف في الكراء، والأقرب في هذه المسائل على أصل المذهب سقوط الشفعة فإن الضرر اللاحق بسبب المشاركة فيها قاصر عن الضرر اللاحق في المسائل المتفق على ثبوت الشفعة فيها. انتهى.

تنبيهات: الأول: اعترض الشارح على المصنف في اقتصاره على القول بعدم الشفعة وعدم تعرضه للقول بوجوبها. قال في الوسط بعد نقله القولين عن الموازية: فانظر كيف اقتصر الشيخ على عدم الشفعة ولم يحك القول الآخر؟ وهو أولى بالذكر هنا لأنه أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه، وبه أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبع وابن المواز وابن حبيب أو كان يذكر القولين معا. انتهى. ونحوه في الكبير، وقال [فيه²⁸⁸] بدل قوله: "وهو أولى بالذكر هنا" فكان هذا القول أولى بالاقتصار عليه أو يذكر القولين معا، وعلى هذا فلو قال وفي الكراء وناظر الميراث قولان لكان أحسن. والله أعلم. وعلى التسوية

الحديث

287 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 245 ومايبي 3.

288 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 246 ومايبي 3.

متن الخطاب بين القولين من غير ترجيح مشى في شامله فقال: وفي الكراء روايتان. [اهـ.²⁸⁹] وتبع البساطي الشارح في الاعتراض على المؤلف فقال: وكان الأحسن أن يذكر المصنف في الكراء القولين كما في ناظر الميراث؛ لأنهما لمالك، ورجح جماعة الثاني، ولم يتعرض ابن غازي لما ذكره الشارح من الاعتراض على المصنف بنفي ولا إثبات، وتعرض له الشريف القاسي ونظر في اعتراضه، وأجاب عن الشيخ في اقتضائه على القول بعدم الشفعة بما قدمناه، [ونصه²⁹⁰] إثر قول ابن الحاجب المتقدم: قوله: "وأجارة الأرض للزرع" لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء/ كذلك، والقولان لمالك، ومذهب ابن القاسم في المدونة في كراء [الدور سقوطها،²⁹¹] وعليه اقتصر الشيخ خليل، واعترضه شارحه الشيخ تاج الدين بأن القولين لمالك ورواية ابن القاسم، وبثبوت الشفعة أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبع وابن المواز وابن حبيب، فكان ذكره لهذا القول أولى أو كان يذكرهما، ولهذا حكى في شامله القولين من غير ترجيح، وفيه نظر لقوله في التوضيح: مذهب المدونة السقوط، ولعله لما لم ير المسألتين في كتاب الشفعة من المدونة لم يعتبر كلامه. والله أعلم. انتهى. فظهر من هذه النصوص صحة ما قاله المصنف، وسقط عنه اعتراض الشارح والبساطي. والله أعلم.

الثاني: سيأتي في كلام المصنف في الثمار إذا لم تبيس أن فيها الشفعة، وقال في حاشية المشذالي في كتاب الشفعة: فإن قيل ما الفرق بين الشفعة في الثمار وعدمها في السكنى، وكل منهما غلة ما فيه الشفعة؟ قيل: الفرق أن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان ونمو في الأبدان من الأشجار صارت كالجزة منها، وإليه أشار ابن العربي، فأعطيت حكم الأصول ولا كذلك السكنى، فلذلك صرح في المدونة بعدم الشفعة فيها. المشذالي: قال الشيخ أبو الحسن في ترجمة اكرى حمامين أو حانوتين من كراء الدور أن الفرق أن الثمرة أعيان وهي مشتبهة بالأصول ولا كذلك المنافع، ألا ترى إذا اشترى الثمرة بعد يبسها في رؤوس الأشجار أنه لا شفعة فيها. انتهى. وتأمل الفرق بين الزرع والثمار. والله أعلم.

الثالث: على القول بوجوب الشفعة في الكراء فقال اللخمي [ذلك²⁹²] بشرطين أن يكون مما ينقسم، وأن يشفع ليسكن. قال المشذالي: قال الشيخ أبو الحسن في الترجمة المذكورة: قال ابن يونس: قال محمد: وأشهب يرى الشفعة في الكراء وبه أقول. اللخمي: وبه العمل بشرط أن يكون مما ينقسم، وأن يشفع ليسكن. انتهى. ونقله الباجي عن أبي الحسن أيضاً وزاد إثره: قلت: وليس العمل عليهما عندنا بإفريقية. انتهى. أي ليس العمل عندهم بإفريقية على اشتراط الشرطين المذكورين، والشرطان المذكوران ذكرهما اللخمي، وعنه نقلهما الشيخ أبو الحسن فإنه بعد أن ذكر الشرطين المذكورين أتى بكلام اللخمي عقب ذلك كالمستدل بذلك، ولنذكر كلامه برمته، ونصه: ابن المواز وأشهب يرى الشفعة في الكراء، وبه أقول. الشيخ: وعليه العمل، وذلك بشرطين: أن يكون مما ينقسم، وأن

289 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 ويحيى 144 والشيخ 246 ومايأبى 3.
 290 - في المطبوع ونص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 246 ومايأبى 3.
 291 - في المطبوع وسقوطها وم 113 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 ويحيى 144 ومايأبى 3.
 292 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم 113 والشيخ 246 ومايأبى 3.

متن الحطاب يشفع ليسكن. اللخمي: اختلف إذا كان الكراء في نصف شائع فقال مالك مرة لا شفعة فيه، ومرة قال فيه الشفعة، وهذا إذا كانت الدار [تحتل²⁹³] القسمة، فإن أراد الشريك أن يأخذ بالشفعة ليسكن كان ذلك له، وإن أراد ذلك ليكري لم يكن له ذلك، وهو بمنزلة من يأخذ الشفعة بالبيع، وكذلك الحانوت يكون بين الشركاء فيكري أحدهم نصيبه شائعا فلا شفعة [لآخر²⁹⁴] إذا كان لا يحمل القسم أو كانوا يأخذون بالشفعة ليكرو، وإن كان يحمل القسم وأراد أن يأخذ بالشفعة ليجلس فيه للبيع كان ذلك له، وإن كان يكره لمن يجلس فيه لم يكن له ذلك. انتهى.

الرابع: قال المشذالي في حاشيته في كراء الدور إثر كلام المدونة المتقدم: وقوله: "فلأحدهما أن يكري حصته ظاهره ولو من غير شريكه، وأنه لا يكون شريكه أحق به من الغير، وهو خلاف ما في سماع ابن القاسم في [رجلين تكاريا أرضا ليزرعها فبدا لأحدهما أن يكري حصته منها؟ قال: أرى شريكه أولى بها، وكذلك لو أن²⁹⁵] رجلين وهبت لهما ثمرة شجر عشر سنين حبسا عليهما، ثم أراد أحدهما بيع حصته من ذلك بعد الطيب فشريكه أولى بها. انتهى. وهذه المسألة في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كراء الدور والأرضين، وزاد بعد قوله: "أولى بها" ممن أراد شراءها بالذي بذل فيها: قال سحنون: وقال مالك لا شفعة في الأكرية، وقاله ابن القاسم.

قال محمد بن رشد: قول مالك [أرى²⁹⁶] شريكه أولى بها في مسألة الكراء ومسألة الثمرة يريد أولى بها من المشتري بالثمن الذي بذل فيها؛ لأنه يأخذ/ الثمرة من المشتري بالشفعة [بعد²⁹⁷] تمام الشراء والكراء من المكتري بالشفعة بعد تمام الكراء، فليس ما قاله مالك في مسألة الثمرة والكراء خلافا لما حكاه سحنون عن مالك وابن القاسم من أنه لا شفعة في الأكرية لأنهما مسألتان، فالمسألة الأولى وهي أن الشريك أولى بالثمره وبالكراء بما بذل المشتري والمكتري فيها من الثمن والكراء لا خلاف فيها، وكذلك يجب في كل مشترك لا شفعة فيه، ومثله قول مالك في الذي تكون تحته الأمة لقوم فتلد منه فيبيعونها وولدها أنه أحق بها بما يعطى فيها، وقد مضى القول في ذلك في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب النكاح والمسألة الثانية؛ وهي هل تكون الشفعة في الكراء بعد تمامه وفي الثمرة بعد الشراء أم لا؟ فيها اختلاف. اختلف في ذلك قول مالك وقع [اختلاف قوله في الثمرة في المدونة²⁹⁸] وفي الكراء في الواضحة، وأخذ بوجود الشفعة في ذلك ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وبأن لا شفعة في ذلك ابن القاسم ومطرف وأصبع، وبه أخذ ابن حبيب، وكذلك اختلف قول مالك أيضا في الشفعة في الكتابة والدين يباعان هل

314

293 - في يحيى 144 تحمل.

294 - في المطبوع في الآخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 247 وما يابى 4.

295 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 247 وما يابى 4.

296 - في المطبوع أراد وما بين المعقوفين من ن ذي ص 313 والشيخ 246 وسيد 52 ويحيى 144.

297 - في المطبوع يوم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم 113 ويحيى 145 والشيخ 247 وما يابى 4.

298 - في المطبوع اختلاف في قول في المدونة في الثمرة وما بين المعقوفين من م 113 ويحيى 145 والشيخ 246 وسيد 52.

متن الخطاب يكون للمكاتب والذي عليه الدين الشفعة في ذلك أم لا؟ فقال مرة لهما الشفعة في ذلك، وأخذ به مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأشهب وأصبع وابن عبد الحكم، وإليه ذهب ابن حبيب، وحكى في ذلك حديثاً من مراسيل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {الشفعة في الكتابة والدين} ¹ وحكى عن مالك من رواية ابن القاسم عنه أنه استحسّن الشفعة في ذلك ولم ير القضاء بها. انتهى. وقال ابن الفاكهاني في شرح عمدة الأحكام إنه لم يقف على نص في مسألة الأمة ومسألة بيع الدين، وقد تقدمت مسألة الأمة في النكاح عند قول المصنف: "وفسخ [و] ²⁹⁹ إن طراً بلا طلاق". والله أعلم. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين. والله أعلم.

الخامس: ما عزاه ابن رشد لابن الماجشون وابن عبد الحكم من الأخذ بوجوب الشفعة في الكراء، وبأن لا شفعة لابن القاسم ومطرف وأصبع وابن حبيب عكس ما نقل صاحب النوادر، فإنه عزى لابن الماجشون وابن عبد الحكم عدم الأخذ بالشفعة، ولابن القاسم ومن ذكر معه الأخذ بالشفعة، ونصه: قال ابن حبيب: اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء، فأخذ ابن [الماجشون] ³⁰⁰ وابن عبد الحكم بقوله أن لا شفعة وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبع بقوله إن فيه الشفعة، وبه [أخذ] ³⁰¹ وذلك في كراء الدور والمزارع سواء. انتهى. وعلى نقل النوادر مشى ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح والشارح كما تقدم في كلامهم، وعلى نقل ابن رشد مشى ابن عرفة، ونصه: ابن رشد: إنما وقع اختلاف قول مالك في الشفعة في الكراء في الواضحة، وبقوله بالشفعة فيه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وبنفيتها فيه قال ابن القاسم ومطرف وأصبع وابن حبيب. انتهى. ولم يتعرض ابن عرفة لما بين النقلين من المخالفة مع أنه نقل عن النوادر بعض فروع الترجمة التي فيها كلام النوادر المذكور، ولعل لكل من مطرف وأصبع وابن حبيب قولين في المسألة أيضاً مثل ما لمالك وابن القاسم. فتأمل ذلك أيضاً. والله الموفق للصواب.

السادس: قول ابن رشد: وقع اختلاف قول مالك في الثمرة في المدونة وفي الكراء في الواضحة ظاهره [أن] ³⁰² قول مالك لم يختلف في الكراء في المدونة، واستقرأ الخلاف منها الشيخ أبو الحسن الصغير من قوله في المدونة في كتاب الشفعة: ومن أعمار عمرى على عوض لم تجز وردت، ولا شفعة فيه لأنه كراء فاسد، [ونصه: الشيخ: انظر قوله: "لأنه كراء فاسد" ³⁰³] ظاهر هذا التعليل أن الشفعة في الكراء الصحيح، وهو خلاف ما في كراء الدور، وهو قول أشهب، وقاله ابن القاسم أيضاً، ورجحه ابن المواز، وبه مضى عمل القضاة. أبو محمد صالح: قوله: "لأنه كراء فاسد" راجع للرد خاصة تقديره لم يجز، ورد لأنه كراء/ فاسد ولا شفعة فيه، وعلى هذا لا يلزم الاستقراء. انتهى. ونحوه لابن ناجي، ونصه: ظاهر تعليقه يقتضي أن الشفعة في الكراء الصحيح، وهو مخالف لقولها في كتاب كراء الدور

315

الحديث 1 - انظر البيان والتحصيل، ج 9 ص 15.

299 - ساقطة من المطبوع وم 114 ويحيى 145 والشيخ 247 وما يابى 4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314.

300 - في المطبوع القاسم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 وما يابى 5.

301 - في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من يحيى.

302 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 وما يابى 5.

303 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 وما يابى 5.

مَنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ اللَّازِمُ اخْتِيَارًا بِمُعَاوَضَةٍ وَلَوْ مُوصًى بِبَيْعِهِ لِلْمَسَاكِينِ عَلَى الْأَصَحِّ وَالْمُخْتَارِ لَا مُوصًى لَهُ بِبَيْعِ جُزْءٍ عَقَارًا وَلَوْ مُتَاقِلًا بِهِ إِنْ انْقَسَمَ وَفِيهَا الْإِطْلَاقُ وَعُمِلَ بِهِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ وَلَوْ دَيْنًا.

نص خليل

والأرضين بنفي الشفعة، ورد أبو محمد صالح هذا الأخذ بأن التعليل راجع لقوله: "لم يجوز ورد" [لا³⁰⁴] لعدم الشفعة، وتقديره لم يجوز، ورد لأنه كراء فاسد ولا شفعة فيه. انتهى.

متن الخطاب

السابع: انظر ما حكاه ابن رشد من الخلاف في الشفعة في الدين مع قول ابن ناجي في شرح الرسالة: ولا شفعة في الدين باتفاق، واختلف هل يكون المديان أحق به أم لا؟ ولعل الذي نفى ابن الحاجب الخلاف فيه إذا باع أحد الشركاء في الدين حصته منه فتأمل. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين. والله أعلم.

فرع: وهل لأحد الشريكين أن يلزم صاحبه أن [يقاويه؟]³⁰⁵ سيأتي عن النوادر أنه ليس له ذلك في البيع والكراء مثله. وانظر في الإجارة الكلام على أنهما يؤجران أو يسكن أحدهما بما يقف عليه الكراء.

ص: ممن تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة ش: يدخل في قوله: "بمعاوضة" البيع وهبة الثواب والمهر والخلع وجميع المعاوضات والصلح ولو كان على إنكار، وقد قال في الجواهر في آخر كتاب الصلح: إذا ادعى رجل على رجلين داراً فكذبه أحدهما وصدقه الآخر فصالحه المصدق على مال فأراد المكذب الأخذ بالشفعة فله ذلك. انتهى. وخرج به الهبة لغير ثواب والصدقة. والله أعلم.

ص: لا موصى له ببيع جزء ش: أي فليس للورثة عليه شفعة، وأما لو كان شريكه أجنبياً لكانت له الشفعة، وصرح به الشارح في الكبير فأحرى أن [تكون]³⁰⁶ الشفعة للأجنبي في المسألة التي قبلها، ونص عليه للخصمي/ في الأولى.

316

ص: بمثل الثمن ش: تصوره واضح.

فرع: قال في المدونة: إذا قال الشفيع بعد الشراء أشهدوا أنني أخذت بشفعتي ثم رجع فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه، وإن لم يعلم كان له أن يرجع. انتهى. فعلم من هذا أنه يصح الأخذ بالشفعة قبل علم الثمن، وقال للخصمي تسليمه الشفعة قبل معرفة الثمن جائز، واختلف في الأخذ قبل المعرفة بالثمن فقليل جائز، وهو ظاهر الكتاب؛ لأنه قال: إذا أشهد أنه أخذ قبل المعرفة بالثمن ثم قال بدا لي فإن له أن يترك إن أحب، فجعله بالخيار في التمسك ولو كان عنده فاسداً لم يكن له أن يمسك، وفي كتاب محمد إن ذلك فاسد [ويجبر]³⁰⁷ على رده. انتهى. ونص ما في كتاب محمد على ما في النوادر: إذا تشاهد المتبايعان على البيع وكتما الثمن لم تجب الشفعة حتى يظهر الثمن. انتهى. وقال ابن [راشد]³⁰⁸ في الباب: الشرط الثالث: معرفة الثمن فلو لم يعرفه فلا شفعة، وقد قال ابن القاسم في

الحديث

304 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 315 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايبي 5.

305 - في المطبوع يقاومه وما بين المعقوفين من ن عود ص 315 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايبي 5.

306 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 315 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايبي 5.

307 - في المطبوع ومجبور وما بين المعقوفين من يحيى 156 والشيخ 248 ومايبي 6 وسيد 53.

308 - في المطبوع وسيد 53 والشيخ 248 رشد وما بين المعقوفين من م 114 ويحيى 146.

نص خليل

أَوْ قِيمَتِهِ بِرَهْنِهِ وَضَامِنِهِ وَأَجْرَةَ دَلَالٍ وَعَقْدٍ شِرَاءٍ وَفِي الْمَكْسِ تَرَدُّدٌ.

متن الخطاب

رجل تصدق على أخته بسهم في أرض عوضا عما ذكر أنه أصابه من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه. انتهى. والمسألة في كتاب الشفعة من البيان في رسم شهد [من³⁰⁹] سماع عيسى من ابن القاسم وفي المسألة المذكورة أن الجهل بالثمن إن كان لطول المدة فإن الشفعة تسقط بذلك، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفى عند قوله: "لا إن غاب أولا".

فرع: قال في شرح أول مسألة من سماع يحيى من كتاب الشفعة: واختلف إذا باع نصراني من نصراني شقصا بخمر أو خنزير والشفيع مسلم، ف قيل إنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص وهو قول أشهب، فكأنه لم ير للخمر قيمة، وقد قال ابن الماجشون في المسلم يستهلك الخمر للنصراني إنه لا قيمة عليه، فإذا دفعها بطوعه فأحرى أن لا تكون لها قيمة، وقيل يأخذ [بقيمة³¹⁰] الخمر والخنزير، وهو قول ابن عبد الحكم، وهو أشبه على مذهب ابن القاسم؛ لأن ذلك مما يضمن للنصراني فأشبهه شراء الشقص بعرض. انتهى. ونقله ابن عرفة وغيره.

فرع: وما بيع بعين فدفعت عنه عرض، وعكسه في الشفعة فيه بما دفع أو بما عقد به، ثالثها هذا أحب. الشيخ عن محمد عن عبد الملك مع ابن عبدوس عن سحنون ونقل محمد وقوله، ورابعها لابن عبد الحكم بما عقد عليه، إلا أن يدفع ذهباً عن ورق وعكسه فيما دفع كالمراوحة، وخامسها لابن عبدوس عن سحنون بالأقل منهما. قلت: هو نحو قولها في المراوحة. انتهى من ابن عرفة.

فرع: قال في المدونة: ومن ابتاع شقصا من دار بعرض فاختلف المبتاع مع الشفيع في قيمته وقد فات بيد [البائع³¹¹] أو لم يفت فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا اليوم، فإن كان مستهلكا صدق المبتاع مع يمينه في قيمته، فإن جاء بما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه، فإن جاء بما لا يشبه وصفه المبتاع وحلف على صفته وأخذ الشفيع بقيمة تلك الصفة يوم الصفقة أو ترك، فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصف هو وأخذه بقيمة [صفته³¹²]. انتهى.

تنبيه: قول المؤلف: "بمثل الثمن" قال في التوضيح: فإن لم يجد مثل المثلي غرم قيمته. قاله مالك في المجموعة فيمن اشترى بعبد فلم يجده الشفيع. انتهى. وانظر كتاب الشفعة من النوادر.

ص: أو قيمته ش: أي قيمة الثمن إذا كان من المقومات.

فرع: وإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا يوم القيام في ذلك. قاله في المدونة في كتاب الشفعة.

ص: وأجرة دلال وعقد شراء/ وفي المكس تردد ش:

تنبيه: قال في الباب: إذا زاد المبتاع للبائع شيئا بعد البيع ففي لزوم ذلك للشفيع قولان لابن القاسم وأشهب، فإذا قلنا لا يلزم فقال المبتاع إنما زده فرارا من الشفعة فإنه يحلف ويرجع. انتهى. ومذهب المدونة عدم اللزوم.

317

الحديث

309 * - في المطبوع وم 114 في وما بين المعقوفين من يحيى 146 وسيد 53 والشيخ 248.

310 * - في المطبوع والشيخ 248 وسيد 53 قيمة وما بين المعقوفين من يحيى 146 وم 114.

311 - في المطبوع المبتاع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 316 وم 114 ويحيى 156 والشيخ 249 وما يابى 6.

312 * - في المطبوع وم 114 صفقته وما بين المعقوفين من سيد 53 والشيخ 248 ويحيى 146.

نص خليل

أَوْ قِيمَةَ الشَّقْصِ فِي كَخْلَعٍ وَصَلَحٍ عَمْدٍ وَحِزَافٍ نَقْدٍ وَبِمَا يَخْصُهُ إِنْ صَاحَبَ غَيْرُهُ وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي الْبَاقِي وَإِلَى أَجَلِهِ إِنْ أَيْسَرَ أَوْ ضَمِنَهُ مِلْيٌ وَإِلَّا عَجِلَ الثَّمَنُ إِلَّا أَنْ يَتَسَاوَيَا عُدْمًا عَلَى الْمُخْتَارِ وَلَا يَجُوزُ إِحَالَةُ الْبَائِعِ بِهِ كَأَنْ أَخَذَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ مَالًا لِيَأْخُذَ وَيَرْبَحَ ثُمَّ لَا أَخَذَ لَهُ أَوْ بَاعَ قَبْلَ أَخْذِهِ بِخِلَافٍ أَخَذَ مَالَ بَعْدَهُ لِيُسْقِطَ كَشَجَرٍ وَبَنَاءٍ بِأَرْضٍ حُبْسٍ أَوْ مُعِيرٍ وَقَدَّمَ الْمُعِيرُ بِنَقْضِهِ أَوْ ثَمَنِهِ إِنْ مَضَى مَا يُعَارُ لَهُ وَإِلَّا فَقَائِمًا وَكُثْمَرَةً وَمَقْتَاةً وَبَادُنْجَانٍ وَلَوْ مُفْرَدَةً إِلَّا أَنْ تَيَبَّسَ وَحُطَّ حِصَّتُهَا إِنْ أَزْهَتْ أَوْ أُبْرَتْ وَفِيهَا أَخَذَهَا مَا لَمْ تَيَبَّسْ أَوْ تُجَدَّ وَهَلْ هُوَ خِلَافٌ تَأْوِيلَانِ وَإِنْ اشْتَرَى أَصْلَهَا فَقَطَّ أَخَذَتْ وَإِنْ أُبْرَتْ وَرَجَعَ بِالْمَوْتَةِ وَكَبِيرٍ لَمْ تُقَسَمْ أَرْضُهَا.

[مسألة: 313] من اشترى شقصا فصالح أحد الشفعاء على تسليم شفعة في مغيب. أشراكه ثم قدموا وأخذوا شفعتهم فلا رجوع على المصالح بشيء. قاله ابن رشد في نوازله. والله أعلم.
ص: أو قيمة الشقص في كخلع ش: قال في المدونة: ومن نكح أو صالح أو خالع على دم عمد على شقص ففيه الشفعة بقيمته؛ إذ لا ثمن معلوم [للعوضه 314]. انتهى. قال ابن الحاجب: فقيمة الشقص يوم العقد. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: أبو عمران: من نكح على تفويض فدفع لزوجته شقصا قبل بنائه شفع فيه بقيمته اتفاقا فإن دفعه بعد بنائه شفع فيه بمهر المثل اتفاقا فيهما. انتهى. والشقص بكسر الشين المعجمة هو النصيب. نقله في التوضيح عن عياض وغيره.

ص: وصلح عمد ش: احترز بالعمد من الخطأ ففيه الشفعة بالدية، فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذه بقيمة الإبل، وإن كانت أهل ذهب وورق أخذه بذهب وورق ينجم على الشفيع [كالتنجيم 315] على العاقلة. قاله في المدونة.

ص: وإلى أجله إن أيسر ش: تصوره واضح.

فرع: فلو لم يقم الشفيع إلا بعد حلول الأجل فهل يضرب له أجل مثل الأجل الذي مضى [أو يأخذ 316] بالنقد؟ قولان لأصحابنا، رجح ابن رشد وغيره الأول. قاله في التوضيح.

ص: أو باع قبل أخذه ش: يعني أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع الشقص الذي يأخذه بالشفعة قبل أخذه، وقاله في المدونة.

ص: كشجر وبناء بأرض حبس أو معير ش: يعني أن الشفعة كما تكون في العقار تكون في الشجر والبناء الكائنين بأرض حبس أو بأرض عارية.

ص: وقدم المعير بنقضه أو ثمنه ش: أي بالأقل من قيمة نقضه أو الثمن الذي باعه [به 317] كما قال في المدونة، وإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب

318

الحديث

313 - في المطبوع فرع وما بين المعقوفين من م 114 وسيد 53 والشيخ 248 ويحيى 146.

314 - في المطبوع بعوضه وما بين المعقوفين من الشيخ 248 وم 114.

315 - في المطبوع كالتنجيم وما بين المعقوفين من م 114 وسيد 53 والشيخ 248 ويحيى 146.

316 - في المطبوع ويأخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 317 وم 115 ويحيى 156 ومايaby 7.

317 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 318 ويحيى 156 وم 115 ومايaby 7.

وَالْأَفْلَاقَ وَأَوَّلَتْ أَيْضًا بِالْمُتَّحِدَةِ لَا عَرْضٍ وَكِتَابَةِ وَدَيْنٍ وَعُلُوٍّ عَلَى سُفْلٍ وَعَكْسِهِ وَزَرْعٍ وَلَوْ بِأَرْضِهِ وَبَقْلٍ
وَعَرْصَةٍ وَمَمَرٍ قُسِمَ مَتَّبِعُهُ وَحَيَوَانٍ إِلَّا فِي كَحَائِطٍ وَإِثٍ وَهَبَةٍ.

نص خليل

319 الأرض أخذ ذلك/ النقض بالأقل من قيمته أو من الثمن الذي باعه [به].³¹⁸ انتهى. وهذا في
العارية المطلقة، وأما المقيدة بمدة فقال ابن راشد: إذا باع قبل انقضائها على البقاء فللشريك الشفعة
ولا كلام لرب الأرض، وإن باعه على النقض قدم رب الأرض. نقله في التوضيح. قال: وينبغي أن
يتفق في الأحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها؛ لأن العادة عندنا أن رب
الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلاً فكان كمالك الأرض، وقاله شيخنا. انتهى.
[ص: [والأفلاق] ³¹⁹ ش: أي [إن] ³²⁰ لم يمض ما يعار إلى مثله فبقيته قائماً أو ثمنه كما نبه عليه
ابن غازي. ³²¹]

متن الخطاب

ص: وعَرْصَةٍ وَمَمَرٍ ش: قال اللخمي [في تبصرته: ³²²] إذا كانت دار بين/أشراك اقتسموا
[بيوتها] ³²³ دون مالها من حق في ساحة وبئر وماجل وطريق، ثم باع أحدهم ما صار له من البيوت
بجميع حقوقه مما لم يقسم لم يستشفع ما قسم بالشرك فيما لم يقسم، ولا يستشفع الساحة والبئر
والمجل والطريق لأجل بقاء الشركة فيها لأنها من منفعة ما قسم ومصلحته، وإن باع نصيبه من البئر
والمجل خاصة كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت لأن في ذلك زيادة
مضرة، وإن كان قد أسقط حقه في تصرفه من عندهم وجمع بيوتهم إلى حق آخر وفتح لها من دار
أخرى فإن كان بيعه من أهل الدار جاز، وكان لبقية الورثة الشركاء الشفعة على أحد القولين في
وجوب الشفعة فيما لم يقسم، وإن كان بيعه من غير أهل تلك الدار كان لهم أن يردوا بيعه؛ لأن ضرر
الساكن أخف من ضرر من ليس بساكن، ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا. قال أبو
الحسن بن القصار: اختلفت الرواية عن مالك في وجوب الشفعة فيما لا ينقسم مثل الحمام والبئر
والطريق والأرحية، ولم يبين كيف كان صفة البيع وموضع الفقه فيه ما تقدم ذكره. انتهى بلفظه.
ونقله ابن عرفة، وقبله والجزولي والشيخ يوسف بن عمر، وزاد بعد قوله ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا
على القول بأن الشفعة فيما [لم ينقسم]. ³²⁴

320

فرع: قال ابن ناجي في شرح الرسالة: وقال في النوادر ومن المجموعة وكتاب محمد قال ابن القاسم قال
مالك: إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في
العرصة بها ولا فيها. قال أشهب: وليس لأحدهم بيع حصته من العرصة خاصة [إلا نصيبه] ³²⁵

الحديث

318 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 وم 115 والشيخ 250 ومايأبي 7.

319 - * في ذي ص 319 وسيد 53 والشيخ 249 ويحيى 146 وإلا فقاتما.

320 - * في يحيى 146 وسيد 53 والشيخ 249 وإن.

321 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 ويحيى 156 والشيخ 250 ومايأبي 7.

322 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 وم 115 ويحيى 156 والشيخ 250 ومايأبي 7.

323 - في المطبوع بيوته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 وم 115 ويحيى 156 والشيخ 250 ومايأبي 7.

324 - في المطبوع لا ينقسم وسيد عبد الله 53 ويحيى 147 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 320 وم 115 والشيخ 250 ومايأبي 7 ويحيى 157.

325 - في م 127 لا نصيبه وكذلك في يحيى 147.

نص خليل

بلا ثوابٍ ولا فيه بعده وخيارٍ إلا بعد مضيئه وجبت لمشتريه إن باع نصفين خياراً ثم بثلاً فأنضى وباع فأسد إلا أن يفوت فبالقيمة إلا يبيع صح فبالثمن فيه وتنازع في سبق ملك إلا أن ينكّل أحدهما وسقطت إن قاسم أو اشترى أو ساوم أو ساقى أو استأجر أو باع حصته أو سكت بهدم أو بناءً أو شهرين إن حضر العقد.

متن الحطاب

من البيوت وإن كانت العرصه واسعة، إلا أن يجتمع ملوهم على بيعها فيجوز، فإن أباه أحدهم فهو مردود لأنها بقيت مرفقا بينهم. انتهى. وكذلك لا شفعة في النهر ولا في [مسيل] ³²⁶ الماء. قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخلة الواحدة. [اهـ] ³²⁷

ص: وهبة بلا ثواب ش: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ومن وهب شقصا لغير ثواب فعوض فيه فقبل، فإن رأى أنه لصدقة أو لصلة رحم فلا شفعة فيه ومن عوض من صدقة وقال ظننت أنه يلزمني فليرجع في العوض إن كان قائما، وإن فات فلا شيء له، ومن وهب شقصا من دار لابنه الصغير على عوض جاز وفيه الشفعة، ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ولا ما وهب أو تصدق أو أعتق من مال ابنه الصغير ويرد ذلك إلا أن يكون الأب موسرا. انتهى. أبو الحسن: قوله: ومن وهب شقصا من داره لابنه الصغير تقدير الكلام ومن وهب شقصا من دار ابنه. انتهى.

فرع: وهل تلزمه اليمين أنه بغير ثواب؟ قال في الكبير: لم يحلف إلا أن يكون متهما، وقال مطرف وابن الماجشون يحلف مطلقا. المتيطي: والقضاء [بالأول] ³²⁸ انتهى.

321

ص: وخيار إلا بعد مضيئه ش: قال ابن سهل في أحكامه إن/ سلمها في أيام الخيار في شقص بيع بالخيار بعرض أو غيره لم يلزمه، وهو على شفعته ويرد العرض، وإن رضيا بإمضاء ذلك العرض بعد تمام البيع لم يجز حتى يفسخاه ثم يستأنفا ما أحبا. انتهى.

ص: وسقطت إن قاسم الخ ش: قال الجزيري في وثائقه: وتبطل الشفعة مساومة الشفيع للمبتاع وطلبه المقاومة أو الكراء أو القسمة. انتهى. فظاھر أنه بإرادة ذلك تسقط الشفعة، وإنما تسقط هذه الأشياء إذا فعلها الشفيع [مع المشتري] ³²⁹ كما صرح به في النوادر، وذكره المصنف، وانظر أبا الحسن الصغير.

ص: أو باع حصته ش: يعني أن الشفيع إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه لأنه لم يبق له حصة في العقار المشترك ويصير للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني، هذا إذا باع جميع حصته، وهذا هو الجاري على مذهب المدونة، إذ قال فيها: ومن ابتاع شقصا بالخيار وله شفيع فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بطل، فإن تم بيع الخيار فالشفعة للمبتاع، وإن رد فهو لبائعه. انتهى. وهذه المسألة الأخيرة تقدمت في كلام المصنف، وظاهر كلام المصنف إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه، سواء كان عالما بالبيع أم لا، وفي المسألة خلاف. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وفي بيع الحصة المستشفع بها قولان. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن القاسم التفرقة

الحديث

326 - في المطبوع سبيل وما بين المعقوفين من يحيى والشيخ 249.
327 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 وم 115 ويحيى 157 والشيخ 250 وما يابى 7.
328 - في المطبوع بالأولى وما بين المعقوفين من ن ذي ص 320 وم 115 ويحيى 147 وسيد 53 والشيخ 249.
329 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من سيد 53.

وَالْأَسَنَّةُ كَبَانُ عِلْمٍ فَغَابَ إِلَّا أَنْ يَظُنَّ الْأَوْبَةَ قَبْلَهَا فَعِيقٌ وَحَلَفَ إِنْ بَعْدَ.

نص خليل

بين أن يبيعه غير عالم فالشفعة، وبين أن يبيعه عالما فلا شفعة له، وفي البيان: ظاهر ما في المدونة أنه لا شفعة له إذا باع نصيبه وإن باع غير عالم؛ لأنه قال فيمن باع شقصا بالخيار ثم باع صاحبه بيع بطل أن الشفعة لمشتري الخيار على مشتري البطل، وليست التفرقة بين أن يعلم أم لا لابن القاسم في سماع عيسى قال: وقال أشهب: وأحب إلي أن لا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه لأنه إنما باع راغبا في البيع، وإنما الشفعة للضرر فلم تكن له شفعة فهو قول رابع، ونص ابن ميسر على أنه إذا باع لا شفعة له إلا أن [تبقى³³⁰] له بقية. قال في البيان: وقوله: "إلا أن يبقى له بقية" يحتمل وله الشفعة بقدرها كأحد قولي مالك، وظاهر المدونة ويحتمل فله أخذ الجميع فيكون قولاً خامساً. قال: وأظهر هذه الأقوال الفرق بين أن يبيع عالما وغير عالم، وقال اللخمي: اختلف بعد القول إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل يسقط من الشفعة بقدر ما باع والذي أرى أن يستشفع الجميع؛ لأن الشفعة تجب بالجزء اليسير في الكثير [المبيع³³¹]. انتهى.

متن الخطاب

ص: وإلا سنة ش: تصوره ظاهر.

مسألة: من ابتاع شقصا وله شفعاء فيهم أقرب وأبعد فليس للأبعد أن يأخذ بالشفعة حتى يوقف الأقرب فإما أخذ أو ترك، فإذا قال أنا أخذ ولم يحضر نقده أجل اليومين والثلاثة، فإن لم يأت بالمال لم يكن له شفعة/ ووجب لمن بعده وإن لم يقيم واحد من الشفعاء لا الأقرب ولا الأبعد حتى مضى أمد انقطاعها على الاختلاف في ذلك بطلت شفعتهم جميعا القريب والبعيد، ولا حجة للبعيد في أن يقول إنما سكنت لأنه كان أمامي من هو أحق بالشفعة مني، فلما رأيت الأمد قد تم له حينئذ طلبتها أنا لأن سكوته على أن يقوم بشفعتي، فياخذها إن كان الأقرب غائبا أو يوقف على الأخذ والترك إن كان حاضرا [مسقط³³²] لحقه فيها. انتهى مختصرا من نوازل ابن رشد. والله أعلم.

322

ص: وحلف إن بعد ش: هذا راجع لقوله: "وإلا سنة"، والمعنى إذا قلنا إن الشفعة للحاضر في السنة فإنه يحلف إذا كان قيامه بعيدا من العقد، وحد البعد في ذلك السبعة الأشهر وما بعدها. قال في التوضيح: وهل يحلف إذا لم تسقط شفعتي في السنة، نقل في الكافي عن مالك أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف، وروي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة. وفي المدونة: ولم ير مالك السبعة الأشهر ولا السنة كثيرا أي قاطعا لحقه في الشفعة إلا أنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركا للشفعة، وفي الموازية عن مالك يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين؛ ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين وظاهر المدونة أنه لا يحلف في السبعة الأشهر، وحمل ابن رشد المدونة على أنه يحلف في السبعة. انتهى. وإذا قلنا إن الحاضر إذا قام بعد البعد في السنة يحلف فمن باب أولى إذا علم وغاب وكان يظن الأوبة قبل السنة فعيق وقلنا إن له الشفعة بعد السنة أنه يحلف أنه لم يكن مسقطا للشفعة، ولا يصح أن يكون قوله: "وحلف" راجعا إلى قوله: "إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق" لأنه يصير قوله بعده إن بعد لا معنى له فتأمل. والله أعلم.

الحديث

330 - في المطبوع يبقى وما بين المعقوفين من م 115 ويحيى والشيخ 250.
331 - في المطبوع البيع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 321 ويحيى 147 والشيخ 250.
332 - في المطبوع سقط وما بين المعقوفين من نوازل ابن رشد ج 3 ص 1467.

وَصَدَقَ إِنْ أَنْكَرَ عِلْمَهُ لَا إِنْ غَابَ أَوَّلًا أَوْ أَسْقَطَ لِكَذِبٍ فِي الثَّمَنِ وَحَلَفَ أَوْ فِي الْمُشْتَرَى أَوْ الْمُشْتَرِي أَوْ انْفِرَادِهِ.

نص خليل

ص: وصدق إن أنكر علمه ش: يعني أن الشفيع الحاضر إذا أنكر علمه فإنه يصدق ولا تسقط شفيعته، وهل تلزمه اليمين؟ قال في الواضحة: لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر فنقل أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب أنه يصدق وإن طال لأن الأصل عدم العلم. المتيطي: وهو ظاهر المذهب، وقاله غير واحد من الموثقين ويحلف على ذلك، وقال محمد بن عبد الحكم وابن المواز يصدق ولو بعد أربعة أعوام. ابن المواز: وإن الأربعة كثيرة ولا يصدق في أكثر منها. فرغ: قال أبو الحسن: ولو علم بالشراء وادعى جهل الشفعة قال لا يصدق. قال ابن كوثر: وإن كانت امرأة فلا تعذر بالجهل. انتهى. ونقله ابن رشد.

متن الخطاب

ص: لا إن غاب أولاً ش: قال في المدونة: قال مالك: والغائب [على³³³] شفيعته وإن طال غيبته وهو عالم بالشراء، فإن لم يعلم فذلك أخرى ولو كان حاضراً. قال ابن يونس: قال ابن المواز: وقاله مالك وأصحابه، وقد روى أشهب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {يَنْتَظِرُ إِنْ كَانَ غَائِبًا¹}. قال أشهب: وقضى عمر بن عبد العزيز بالشفعة للغائب بعد أربع سنين. قال مالك: إلا أن يقوم بعد طول الزمان مما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فأرى الشفعة منقطعة فأما في قرب الأمد مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن لقطع الشفعة فلتقوم الأرض على ما يرى من ثمنها يوم البيع فيأخذها بها. انتهى. وقال الرجراجي في قول المدونة: "وإن طال غيبته إلا أن يطول الزمان جداً" فيما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فإن ذلك يقطع/ شفيعته، وهو قول مالك في كتاب محمد. انتهى. وانظر سماع ابن القاسم من كتاب الشفعة، وقال في النوادر من كتاب محمد وهو في العتبية من سماع ابن القاسم: وإذا قال المبتاع نسيت الثمن فإن مضى [من طول³³⁴] السنين ما يندرس فيه العلم وتموت البينة وترتفع فيها التهمة فالشفعة ساقطة، وكذلك إن كان صغيراً أو غائباً، وأما إن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص.

323

قال ابن عبدوس: قال ابن الماجشون: إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان فيحلف [الولد³³⁵] ما عنده علم ذلك ثم يأخذ بالقيمة، وكذلك لو كان المبتاع حياً [وقال³³⁶] لا أدري بكم اشتريت فيحلف فإن نكل أخذه الشفيع إن شاء، وقيل للمبتاع متى أحببت حقل فخذ، وإن حلفت فلك قيمته يوم أسلمته إلى الشفيع، وإن قال الشفيع لا أقبضه لعل ثمنه كثير فلا بد أن يحلف المبتاع ما يعلمه أو يسجن، وقال غيره إذا اختلفوا في الثمن فجاء المشتري بما لا يشبه، أو جهلوا الثمن استشفعه بقيمته يوم ابتاعه. انتهى. وقال اللخمي: اختلف إذا قال المشتري نسيت الثمن وطال السنون مما ينسى فيه الثمن أو مات المشتري وقال الورثة لا علم عندنا وكان الشفيع غائباً أو صغيراً فقال ابن القاسم في كتاب محمد: ونقل كلام النوادر المتقدم برمته

الحديث

- 1- الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً. أبو داود في سننه، كتاب البيوع، رقم الحديث 3518.
- الجار أحق بشفيعته ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً. الترمذي بشرحه العارضة، كتاب الأحكام، رقم الحديث 1374.

333 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 322 ويحيى 158 والشيخ 252 وم 116 ومايaby 9.
 334 - في المطبوع طول من وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص 323 ويحيى 148 والشيخ 251 وم 116.
 335 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى 158 والشيخ 252 وم 116 ومايaby 9.
 336 * - الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى 148 والشيخ 251 وم 116.

متن الخطاب ولفظه: وزاد بعده فأسقط ابن القاسم الشفعة إن طال السنون وأثبتها عبد الملك بالقيمة ولم يبين هل القيمة يوم البيع أو اليوم؟ والقول أن لا شفعة أحسن؛ لأن الشفعة كانت لتغليب أحد الضررين أن يعود إلى هذا ثمنه [وينتفع³³⁷] الآخر بدفع مضرة الشريك، وإذا جهل الثمن وأمكن أن يؤخذ بأقل مما كان به، وذلك ظلم على المشتري لم يؤخذ منه. انتهى. قال في المسائل الملقوطة: ومما يسقط الشفعة أن ينسيا الثمن أو يجهلاه وأن يموت الشهود قال: وفي ذلك خلاف. انتهى بالمعنى. وقال الجزيري في وثائقه: وبجهله الثمن مع طول الزمان وموت الشهود يسقط الشفعة وإن قرب واتهم [المبتاع³³⁸] بإخفاء الثمن شفع بقيمة الشقص. انتهى.

تنبيه: علم من كلام ابن يونس والنوادر أنه إذا تجاهل المشتري الثمن في الأمد القريب أنه يؤخذ الشقص بقيمته، إلا [أنه³³⁹] في النوادر لم يقل يوم البيع، وصرح بذلك ابن يونس، وصرح بذلك ابن بطال في مقنعه فقال: يأخذه بقيمته يوم ابتاعه المبتاع. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة: وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه فهو كالحاضر مع الدار فيما تنقطع فيه الشفعة، ولا حجة للشفيع أنه لا ينقد حتى يقبضها لجواز النقد في الربع الغائب. انتهى. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: قال ابن المواز: وكذلك لو كانا حاضرين بموضع الشقص ثم سافرا جميعا في موضع أو في مدينة والشفيع عالم بوجوب الشفعة فهو كالحاضر، وإنما ينظر إلى حضور الشفيع مع المشتري ولا ينظر إلى غيبة الدار. انتهى.

فرع: قال فيها أيضا: ويقضى للشفيع بالشفعة في غيبة المبتاع كالقضاء عليه ويكون على حجته. انتهى. قال أبو الحسن: هذا إذا رفع الشفيع إلى القاضي، وهل تسقط إذا لم يرفع، أو لا تسقط؟ ابن يونس: لو أراد الشفيع أن يأخذ شفيعته والمبتاع غائب ولا وكيل له حاضر فذلك له، ويوكل السلطان من يقبض الثمن للغائب، قيل: [وإذا³⁴⁰] كان ذلك له يقضى له به فكيف لا يقطع عنه الشفعة إذا طال زمان ذلك قبل أخذه؟ [قال: ³⁴¹] لموضع العذر في استئصال اختلاف الناس إلى القضاة، وربما ترك المرء حقه إلا بالسلطان. انتهى. وذكر ابن سهل مسألة القضاء على الغائب في الشفعة [وأطال³⁴²] فيها في مسائل الأقضية، وقال فيها: إن كان للغائب وكيل يقبض ما يجب قبضه أسلم إليه الثمن. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ومن اشترى شقفا من دار لرجل غائب كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة. قال أبو الحسن: تقديره ومن اشترى لرجل غائب شقفا.

337 - في المطبوع ويشفع وما بين المعقوفين من يحيى 148 والشيخ 251.

338 - في المطبوع البائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى 158 والشيخ 252 وم 116 ومايأبى 10.

339 - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من يحيى 148 والشيخ 251 وم 116 ومايأبى 10.

340 - في المطبوع وإن ويحيى 148 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 والشيخ 253 ومايأبى 10.

341 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى 158 ومايأبى 10.

342 - في المطبوع وإن طال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى 158 والشيخ 253 وم 116 ومايأبى 10.

أَوْ اسْقَطَ وَصِيٌّ أَوْ أَبٌ بِلَا نَظَرٍ وَشَفَعَ لِنَفْسِهِ أَوْ لِيَتِيمٍ آخَرَ.

متن الخطاب

324

فرع: قال ابن ناجي في شرح المدونة: وهذا في الغيبة البعيدة، وأما ما قرب ولا مؤنة في الشخوص منه على الشفيع فهو فيه/ كالحاضر، ونص عليه أشهب. انتهى. واختلف في المريض فقيل إنه كالغائب ولو علم بالشفعة، وقيل كالحاضر نقلهما ابن ناجي وغيره.

ص: أو أسقط أب أو وصي بلا نظر ش: ظاهر المدونة أن الشفعة تسقط ولو كان غير نظر قال فيها: ولو [سلم³⁴³] من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر. انتهى. قال أبو الحسن: قال في الوثائق المجموعة: إلا أن يكون الأخذ نظرا فيكون له الأخذ، وظاهر الكتاب سواء كان الأخذ نظرا أم لا، وبه قال أبو عمران، وسبب الخلاف هل الشفعة استحقاق، أو بمنزلة الشراء؟ انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولو كان له أب فلم يأخذ له شفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي، وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي لأن والده بمنزلته. قال أبو الحسن: قال أبو محمد: وقد قيل غير هذا، وهذا [أحسن،³⁴⁴] وحكى ابن أبي زمنين في سكوت الوصي قولين، الشيخ: ومقدم القاضي أخرى أن يدخله الخلاف، وقال ابن المواز: سكوت القاضي ومقدم القاضي سنة يسقط شفعة الصبي. انظر بقية كلام أبي الحسن.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ولا يأخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل. والله أعلم.

ص: وشفع لنفسه أو لیتیم آخر ش: يعني [أن الأب أو الوصي³⁴⁵] إذا باع [شقص³⁴⁶] من [في³⁴⁷] ولايته فإن له أن يأخذ بالشفعة لنفسه إن كان شريكه أو يأخذ لیتیم آخر في حجره يشاركه فيه. قال في المدونة: ومن وكل رجلا يبيع له شقصا أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفيعته. انتهى. أبو الحسن: فعلى ما في الكتاب إذا باع الأب شقص ابنه من دار بينهما أن له الشفعة، وكذلك الوصي، ونص عليه اللخمي فقال: إذا كانت دار بين رجل وولده فباع الأب نصيب نفسه كان له أن يستشفع نصيبه لولده، وإن باع نصيب ولده كان له أن يستشفع لنفسه، وكذلك الوصي يكون شريكا لمن يلي عليه إن باع نصيب نفسه كان له أن يستشفع [لمن يلي عليه، وإن باع نصيب من يلي عليه كان له أن يستشفع³⁴⁸] لنفسه إلا أن ذلك بعد أن يرفع إلى السلطان لما يتعلق بذلك من التهمة أن يبيع نصيب الصغير ببخس ليستشفع أو يواطىء على بيع نصيبه بغلاء ليأخذه له، فإن فعل وأخذ من غير مطالعة السلطان رفع إليه، فإن رآه سدادا أمضاه، وإن وجد تهمة

الحديث

343 - في المطبوع أسلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 وم 116 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايaby 10.

344 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 وم 116 ومايaby 10.

345 - في المطبوع أن الوصي أو الأب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايaby 10.

346 - في المطبوع شقصا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايaby 10.

347 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايaby 10.

348 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايaby 10.

أَوْ أَنْكَرَ الْمُشْتَرِيَ الشَّرَاءَ وَحَلَفَ وَأَقْرَبَ بِهِ بَائِعُهُ وَهِيَ عَلَى الْأَنْصِبَاءِ.

نص خليل

رده، والأب والوصي في ذلك سواء. صح من اللخمي. وقال ابن زرب: أربعة بيعهم إسقاط لشفعتهم؛ الأب يبيع حصة ابنه الصغير من دار شركة بينهما، والوصي يبيع حصة محجوره، وأحد المتفاوضين، والوكيل على بيع شقص هو شفيعه، فهؤلاء لا شفعة لهم لأن البيع تسليم بخلاف الشراء، وقيل في الوكيل له الشفعة انظر الخصال، وما حكاه ابن زرب خلاف للكتاب إلا في أحد المتفاوضين؛ لأنه قال فيما سيأتي ليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة. انتهى. وقال في التوضيح: للوصي على يتيمين إذا باع نصيب أحدهما أن يأخذ بالشفعة ليتيمه الآخر أو لنفسه [إن³⁴⁹] كان شريكا لكن يدخل معه نظر القاضي إن أخذه لنفسه؛ إذ يتهم أن يبيع نصيب يتيمه بثمن بخس ليأخذه بالشفعة، وكذلك إن باع نصيب نفسه وأراد أخذه ليتيمه فلا بد من نظر القاضي، وقد تقدم في أي موضع يباع عقار اليتيم فلا بد من مراعاة ذلك هنا، ولا بد أن يكون الشقص [المبايع³⁵⁰] لليتيم لا يقل ثمنه إذا بيع منفردا عما لو بيع الجميع، وأما لو كان وهو الغالب إذا بيع الجميع كان ذلك أوفر لنصيب اليتيم يباع الجميع. انتهى.³⁵² تنبيه: استفيد من كلام المدونة أن [من³⁵¹] وكل [وكيلا³⁵²] يبيع له شقصا أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفعته. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: أو أنكر المشتري الشراء وحلف وأقر به بائعه ش: هذه مسألة المدونة. قال في كتاب الشفعة: وإذا أنكر المشتري/ الشراء وادعاه البائع فتحالفا وتفاسخا فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع لأن عهده على المشتري، فإذا لم يثبت [المشتري الشراء³⁵³] فلا شفعة للشفيع. انتهى.

325

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: وإن أقر رجل أنه ابتاع هذا الشقص من فلان الغائب فقام الشفيع فلا يقضى له بالشفعة بإقرار هذا حتى يقيم بينة على الشراء؛ لأن الغائب إذا قدم وأنكر البيع [فله³⁵⁴] أن يأخذ داره ويرجع على مدعي الشراء بكراء ما سكن، فإذا قضى بهذا قاض للشفيع بإقرار هذا لم يرجع عليه الغائب بذلك ولا على مدعي الشراء، فيبطل [حق³⁵⁵] الغائب من الغلة بلا بينة. انتهى وانظر أبا الحسن.

ص: وهي على الأنصباء ش: هذه مسألة المدونة أول كتاب الشفعة. فرع: قال في الجواهر: إذا باع بعض حصته لم يأخذ مع الشريك بالشفعة لأن بيعه رغبة في البيع وإنما الشفعة للضرر، وكذلك لو باع السلطان بعض نصيبه في دين وهو غائب ثم قدم لأن يده كيده قال أبو محمد: لو باع شقصه ثم باعه المشتري له الشفعة لأنه بيع ثان فلعله يرضى بالمشتري الأول دون

الحديث

349 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م 117 وسيد 53 ومايبي 11 ويحيى 149 والشيخ 253.

350 - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب المبيع.

351 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 254 ومايبي 11.

352 - في المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 والشيخ 254 ومايبي 11.

353 - في المطبوع المشتري على الشراء وما بين المعقوفين من م 117 ومايبي 11 ويحيى 149 وسيد 53 والشيخ 253.

354 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 4 ص 166.

355 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى 159 والشيخ 254 ومايبي 11.

نص خليل

وَتُرِكَ لِلشَّرِيكِ حِصَّتُهُ وَطُولِبَ بِالْأَخْذِ بَعْدَ اسْتِثْرَائِهِ لَا قَبْلَهُ.

الثاني. انتهى من الذخيرة. والله أعلم. وتقدم كلام التوضيح فيما إذا باع بعض حصته عند قوله: "أو باع حصته".

متن الخطاب

ص: وترك للشفيع حصته ش: انظر المدونة في كتاب الشفعة وابن عرفة.

ص: وطولب بالأخذ بعد اشترائه لا قبله ش: يعني أن الشفيع يطالب بالأخذ بالشفعة أو ترك الأخذ بها بعد اشتراء المشتري للشقص لا قبله والمطالب له بذلك المشتري لما يلحقه من الضرر في تأخيرها عدم الأخذ.

تنبيه: علم من هذا أنه لا يمنع المشتري أن يشتري دون إعلام الشفيع ولا [البائع]³⁵⁶ أن يبيع دون علمه، وهو كذلك لكنه مكروه. قال القرطبي في شرح مسلم في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {من كان له شريك في ربح أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك¹} وفي رواية: {لا يحل أن يبيع حتى يؤذن شريكه²}: هو محمول على الإرشاد إلى [الأولى]³⁵⁷ بدليل قوله: فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به، ولو كان في ذلك على التحريم لزم البائع ويفسخ البيع لكنه أجازة وصححه ولم يذم الفاعل، فدل على ما قلناه، وقد قال بعض شيوخنا إن ذلك يجب عليه. انتهى. وكذلك قال النووي هو محمول عند أصحابنا على النذب إلى إعلامه، وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه وليس بتحريم، ويتأولون الحديث على هذا، ويصدق على المكروه أنه ليس بحلال، ويكون الحلال بمعنى المباح وهو المستوي الطرفين، والمكروه ليس بمستوى الطرفين بل هو راجح الترك. انتهى. وقال سند في باب إحرام من يولى عليه: للعبد أن يحرم، وللسيد أن يرضى أو يمنع، وللشريك أن يبيع، وللشفيع أن يطرد المبتاع. انتهى.

تنبيه: وأما بعد الشراء فقال القرطبي: هي حق للشريك على المشتري فيجب عليه أن يشفعه، ولا يحل له الامتناع من ذلك. انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الجهاد فيمن وقع في سهمه أمة من المغنم أو ابتاعها [وعلم]³⁵⁸ أنها لمسلم فلا يطؤها حتى يعرضها عليه أقام ابن محرز من هذه المسألة [أن]³⁵⁹ من اشترى شقصا فيه الشفعة وهو يعلم [أن له فيه شفعيا]³⁶⁰ فلا يتصرف فيه حتى يعلم الشفيع، وهذا إذا لم يعلم الشفيع، وأما إن علم فلا معنى لتوقيفه. انتهى. وذكر ابن عرفة في كتاب الجهاد كلام ابن محرز، ونقل عن ابن بشير في المسألة قولين، ونقل عن ابن عبد السلام كلامه في ذلك فراجع، وانظر كلام ابن سهل وعياض في التنبيهات وكلام ابن عبد السلام في باب الجهاد عند قول ابن الحاجب: "ومن صارت إليه جارية أو غيرها" في آخر الباب.

الحديث

- 1- من كان له شريك في ربعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1608، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- 2- عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به. مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1608.

356 - في المطبوع وم 117 ومايبي 11 للبائع وما بين المعقوفين من سيد 53 ويحيى 149 والشيخ 253.
 357 - في المطبوع الأول وما بين المعقوفين من ن حدود ص 325 ويحيى 159 والشيخ 254 ومايبي 11.
 358 - في المطبوع ويحيى 149 أو علم وما بين المعقوفين من م 117 وسيد 53 ومايبي 12 والشيخ 253.
 359 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن حدود ص 325 ويحيى 159 والشيخ 254 ومايبي 12.
 360 - في المطبوع أن فيه شفعاء وما بين المعقوفين من سيد 53 ومايبي 12.

وَلَمْ يَلْزِمُهُ إِسْقَاطُهُ وَلَهُ نَقْضُ وَقْفٍ كَهَبَةٍ وَصَدَقَةٍ وَالثَّمَنُ لِمُعْطَاهُ إِنْ عَلِمَ شَفِيعُهُ لَا إِنْ وَهَبَ دَارًا فَاسْتَحِقَّ نِصْفُهَا وَمُلْكٌ بِحُكْمٍ أَوْ دَفْعِ ثَمَنٍ أَوْ إِشْهَادٍ وَاسْتَعْجِلَ إِنْ قَصَدَ ارْتِيَاءً أَوْ نَظَرًا لِلْمُشْتَرَى.

326 ص: وثم يُلْزِمُهُ إِسْقَاطُهُ / ش: قال في المدونة: ولو قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء اشترى فقد أسلمت لك الشفعة وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء لأنه سلم ما لم يجب له، وإن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفيعته. انتهى.
ص: والثمن لِمُعْطَاهُ إِنْ عَلِمَ شَفِيعُهُ ش: يعني إن علم أن له شفعيا ومفهوما إن لم يعلم فالثمن له.
قال ابن رشد في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: ومثله لو اشترى رجل جارية وتصدق بها على رجل ثم توفي المتصدق، واعترفت الجارية أنها حرة فأخذ الثمن من البائع فإنه لورثة المتصدق لا للمتصدق عليه، وشبههما بمسألة الشفعة فقال: وقد اختلف هل هو محمول على العلم، أو على عدم العلم؟ وفي الشفعة من المدونة دليل القولين جميعا. انتهى. والله أعلم.
ص: وَمُلْكٌ بِحُكْمٍ أَوْ دَفْعِ ثَمَنٍ أَوْ إِشْهَادٍ ش: انظر كلام ابن غازي الذي أتى به هنا فإنه جيد، وقال ابن راشد في اللباب: ثم الآخذ إنما يتوجه له الآخذ عند وجود المقتضي وهو وجود الشرط والسبب وانتفاء المانع والسبب نفس البيع، ويشترط في كونه سببا خمسة شروط: أن يكون الشفيع مالكا للرقبة، وأن يخرج البائع عن ملكه بمعاوضة من بيع ونحوه، وأن يكون البيع صحيحا إذ لا يشفع في الفاسد إلا بعد الفوات، وأن يكون لازما فلا شفعة في الخيار إلا بعد لزومه، وأن يكون الملك سابقا على البيع، فلو اشترى رجلان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر، وأما الشروط فأربعة: الأول أن يشفع ليملك لا ليبيع.

الثاني بقاء الحصة التي يستشفع بها. الثالث معرفة الثمن فلو لم يعلمه فلا شفعة، وقد قال ابن القاسم في رجل تصدق على أخته بسهمه في أرض عوضا عما ذكره أنه أصاب من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه. الرابع أن يكون البيع ثابتا إما بالبينة أو بإقرار المتبايعين، ولو أنكر المبتاع وأقر البائع [ورد البيع بعد يمينه لم يكن للشفيع الأخذ بإقرار البائع، ولو أقر المبتاع وأنكر البائع³⁶¹] والشقص بيده لم يكن له [الأخذ³⁶²] على المشهور، وأوجب ذلك أشهب، وأما المانع فهو التصريح بالإسقاط أو ما يقوم مقامه. انتهى باختصار. وفي المدونة من ابتاع شقصا بعبد بعينه فمات بيده فمصيبته من البائع، وللشفيع الشفعة بقيمة العبد، وعهدته على المبتاع لأن الشفعة وجبت له بعقد البيع. انتهى.

فرع: قال ابن سهل: تنازع بنو حفص في العرصة التي بينهم ودعت أميرة إلى القسم بعد أن أثبتت موت حفص ووراثته وملكه للعرصة، وأنه أورثها ورثته وادعت أن آمنة اشترت حصة أخيها عبد الحميد فطلبت الشفعة، وأنكر عبد الحميد وآمنة التبايع. قال ابن لبابة: على عبد الحميد اليمين أنه ما باع حصته من أخته آمنة فإذا حلف وجب القسم وسقطت دعوى الشفعة، وإن نكل لم تجب الشفعة حتى تحلف آمنة أنها لم تشتتر، فإذا حلفت سقطت أيضا الشفعة بينهما، وإن نكلت مع نكول عبد

361 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى 160 والشيخ 255 وم 123 ومايaby 12.

362 - في المطبوع الشقص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى 160 والشيخ 255 وم 123 ومايaby 12.

نص خليل

إِلَّا كَسَاعَةً وَلَزِمَ إِنْ أَخَذَ وَعَرَفَ الثَّمَنَ فَبِيعَ لِلثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي إِنْ سَلَّمَ فَإِنْ سَكَتَ فَلَهُ نَقْضُهُ وَإِنْ قَالَ أَنَا
أَخَذْتُ أَجَلَ ثَلَاثًا لِلنَّقْدِ وَإِلَّا سَقَطَتْ وَإِنْ اتَّحَدَتِ الصَّفَقَةُ وَتَعَدَّدَتِ الْحِصَصُ وَالْبَائِعُ لَمْ تُبْعَضْ كَتَعَدُّدِ
الْمُشْتَرِي عَلَى الْأَصَحِّ.

متن الخطاب

327

الحميد حلفت أميرة أنهما تبايعا بثمان كذا، فإذا حلفت وجبت لها الشفعة، وقال أيوب: لا يمين على
عبد الحميد ولا على آمنة لأن المدعي البيع قال لعبد الحميد إنك قد بعته من آمنة فقال عبد الحميد لم
أبع ولكن وهبت لله تعالى، وقالت آمنة لم أبتع ولم [أوهب³⁶³] فلا يمين على واحد منهما حتى
يأتي بسبب بيع أو هبة فتجب اليمين، ولأن/ المدعي عليهما التبايع قد تنافيا وتناكرا ما ادعي
عليهما فهذا أبعد في إيجاب اليمين، وقاله محمد بن الوليد ومحمد بن عمر بن لبابة وأحمد بن يحيى
وعبد الله بن يحيى، قال القاضي: كذا وقع في الأصل بتكرار [اسم³⁶⁴] ابن لبابة فإن كان صحيحا
فهو رجوع عن جوابه الأول، [وكذلك جوابه الأول³⁶⁵] خطأ، والصواب ما قاله أبو محمد صالح لأن
المستشفع منه إذا أنكر الابتياح والهبة وانتفى من ملك الشقص المستشفع فيه سقط [مطلب³⁶⁶]
الشفيع. انتهى.

وجواب ابن لبابة الأول واضح؛ إذ قد يكون لهما غرض في إنكار البيع كجعلهما حيلة تسقط بها الشفعة
في رأي بعض القضاة فأنكر البيع ليستحكما حاكما يرى سقوط الشفعة بتلك الحيلة وطلب الشفيع أن
يأخذ بالشفعة قبل ذلك عند حاكم لا يرى تلك الحيلة مسقطا، ولو خطر هذا لابن سهل لم يتوقف في
لزوم اليمين، وإنما أنكر ذلك لعدم الاختلاف في بلادهم ووقتهم بدليل ما حكى بعدها، ونصه: يلزم وكيل
ابن مالك وزوجته أن يأتي بشاهد ثان على توكيلهما إياه ويضرب له في ذلك أجل يومين، فإن جاء
بالشاهد الثاني ضرب له أجل في إثبات الابتياح الذي طلب به الشفعة فإن ثبت ذلك وجبت الشفعة بعد
الإعذار إلى البائع منهم، وإن لم يثبت البيع لزمه [قسمة³⁶⁷] الدار على عدد ورثة حفص بعد أن يحلف
البائع والمشتري لما تبايعا، ولهما رد اليمين على زوجة ابن مالك. قاله ابن لبابة وأيوب بن سليمان
ومحمد بن وليد. قال القاضي: ظاهر هذه المسألة أن جوابهم فيها خلاف جوابهم في التي قبلها، إلا إن
كان عندهم فيها معنى لم يظهر في حكايتها أوجب هذا الجواب. انتهى. وقد حصل في هذه الأزمان هذا
المعنى، ولا شك أنه موجب [لليمين³⁶⁸] فتأمل. والله أعلم.

ص: إلا كساعة ش: ينبغي أن يعود الاستثناء إلى قوله: أو [نظرا للمشتري³⁶⁹] فقط لا لقوله إن قصد ارتياح.
ص: وإن اتحدت الصفقة الخ ش: مفهوم قوله: "اتحدت الصفقة" أنها لو تعددت لكان خلاف ذلك
وهو كذلك، وقال في المدونة: ومن اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات فللشفيع أن يأخذ

الحديث

363 - في المطبوع ويحيى 150 والشيخ 255 أهب وما بين المعقوفين من م 117 وسيد 54 ومايبي 13.

364 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 327 وم 123 ويحيى 160 والشيخ 256 ومايبي 13.

365 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 327 ويحيى 160 والشيخ 256 وم 123 ومايبي 13.

366 - في المطبوع بطلب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 327 وسيد 54 ومايبي 13 والشيخ 256 ويحيى 150.

367 - في المطبوع قيمة وما بين المعقوفين من م 118 والشيخ 256.

368 - في المطبوع اليمين وما بين المعقوفين من م 118 وسيد 54 ومايبي 13 ويحيى 150 والشيخ 256.

369 - في المطبوع نظر المشتري وما بين المعقوفين من م 118 والشيخ 256.

وَكَأَن أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ أَوْ غَابَ أَوْ أَرَادَهُ الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَحْضَرْ حِصَّتُهُ.

نص خليل

متن الخطاب ذلك أو يأخذ أي صفقة شاء، فإن أخذ الأولى لم يشفع معه فيها المبتاع، وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة بقدر صفقته الأولى فقط، وإن أخذ الثالثة خاصة شفع فيها بالأولى والثانية. انتهى. وقال ابن عرفة: وتعدد الصفقات يوجب انفراد كل صفقة بحكمها. انتهى.

فرع: فلو تعدد الشفيع فقط فقال في المدونة: ومن ابتاع شقصا من دارين في صفقة وشفيع كل دار على حدة فأسلم أحدهما فلآخر أن يأخذ/ شفيعته في التي هو شفيعها دون الأخرى. أبو الحسن: تعدد هنا الشفيع والصفقة واحدة والبائع واحد والمبتاع واحد، وانظر لم لم يجعل للمبتاع حجة بتبعيض صفقته وظاهره وإن كان الشقص المأخوذ بالشفعة جل الصفقة، ولعله إنما جرى على القول بأن الشفعة ابتداء بيع. انتهى.

328

فرع: فلو تعدد الشفعاء مع تعدد البائع ففي النوادر قال ابن القاسم وأشهب من ابتاع حظا من دار من رجل وحظا من حائط من آخر وشفيعهما واحد فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو يترك الجميع ابن عبدوس: وقاله عبد الملك. محمد: وأنا أنكر أن يجمع الرجلان سلعتيهما في صفقة واحدة وليرد ذلك إن علم به المشتري ما لم يفت بحوالة سوق أو بيع، أو يأخذ بالشفعة فينفذ ويقسم الثمن على القيمة. قال أشهب متصلا بكلام عبد الملك: وكذا إن كان الشفعاء جماعة فليس لهم أن يأخذوا النخل دون غيرها، فإذا أخذوا الجميع أو تركوا، فإن أخذوا الجميع على أن النخل لأحدهم وللآخر الدور فليس للمشتري أن يأبى ذلك، ولا حجة له، وليس بقياس وهو استحسان. انتهى. ونقله ابن عرفة أيضا، ولا منافاة بين هذا وبين ما في المدونة؛ فإن في هذا تعدد الشفعاء واشتركوا في كل حصة. والله أعلم. ص: وكأن أسقط بعضهم أو غاب ش: قال ابن الحاجب: وإذا اتحدت الصفقة وأسقط بعضهم أو غاب فليس إلا أخذ الجميع. ابن عبد السلام: وأما غيبة بعض الشفعاء فلا أعلم فيه خلافا، وأن الحكم ما قاله المؤلف؛ يعني ابن الحاجب. انتهى. وأما في الإسقاط فما قال الشيخ هو المشهور، وقال أصبغ وابن حبيب إن كان تسليم أحد الشفعاء على وجه الهبة أو الصدقة فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهمه، وللمبتاع سهم من سلم، وإن كان على وجه الترك وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها، وفي مختصر الوقار ليس لمن لم يحز إلا مصابه. اللخمي: وهو أقيس الأقوال. قاله في التوضيح/ وهذا لفظه: وقال ابن عرفة بعد كلام الوقار: وحاصله أن نصيب التارك للمشتري مطلقا وابن حبيب خصص ذلك بكون الترك لوجه المشتري، وظاهر المدونة والعناية أنه لمن بقي مطلقا، فالأقوال ثلاثة.

ص: ولمن حضر حصته ش: قال الشارح: أي فإن أخذ الشفيع الحاضر جميع الحصة، ثم قدم الغائب فله أن يدخل معه إن أحب، فيأخذ بقدر ما كان له من شفيعته. انتهى. قال ابن غازي: أي ولمن صار حاضرا بعد الغيبة ولو قال ولمن قدم كان أبين. انتهى. وقال البساطي: يعني إن حضر واحد من الغيب بعد أن أخذ الحاضر الجميع فلمن حضر حصته إن أراد فيأخذ بقدر حصته. انتهى. وظاهر كلامهم وكلام المصنف إن كان الشفعاء الغيب جماعة وقدم واحد منهم فله أن يأخذ بقدر حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليس كذلك إنما له أن يأخذ نصف ما أخذه الحاضر إن ساوت حصته

نص خليل وَهَلِ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي فَقَطْ كَغَيْرِهِ وَلَوْ أَقَالَهُ الْبَائِعُ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ قَبْلَهَا تَأْوِيلَانِ وَقَدْ مُمَّارَكُهُ فِي السَّهْمِ وَإِنْ كَأَخْتِ لَابٍ أَخَذَتْ سُدُسًا وَدَخَلَ عَلَى غَيْرِهِ.

متن الخطاب حصّة الحاضر، وإلا فعلى قدر حصصهما؛ كأنه ليس لهما شريك غائب. قال في المنتقى: وإن كان أشراكه غيبا لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصّة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليأخذ الآن الكل أو يترك فإن ترك فلا حق له مع أصحابه إذا قدموا وأخذوا بالشفعة فإذا قدم واحد ممن غاب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع، فمن قدم دخل معه في الشفعة إن أراد ذلك على قدر حصصهما كما لو لم يكن شريك غيرهما. قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها. انتهى. وفي النوادر: قال ابن القاسم وأشهب: فإن قدم الغائب وقد أخذ الحاضر الجميع دخلوا معه بقدر سهامهم، وإن أبى بعضهم الأخذ فلآخرين من الشفعة بقدر حصصهم/ من حصص من أخذ لا بقدر حصصهم من حصص جميع الشركاء. قالوا فإن أبوا إلا واحدا ومصابه مثل مصابك فجميع ما أخذته بينكما شطرين فلو لم يقدم إلا واحد فليس له بقدر حصصه من حصص أصحابه، ولكن يأخذ نصف ما أخذت إن كان نصيبه مثل نصيبك. انتهى. وصرح بذلك ابن رشد في نوازل، وقد تكلم في ذلك وأطال، وبهذا يتضح ما نقله ابن رشد عن أشهب، وذكره ابن غازي عنه في العمدّة، وهو قوله: وإن جاء ثالث كان مخيرا إن شاء كتب عهده على المشتري وإن شاء على الشفيع الأول وإن شاء عليه وعلى الثاني. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

ص: وهل العهدة عليه أو على المشتري ش: هذا قول أشهب الذي اختار ابن رشد أنه مفسر لقول ابن القاسم. قال في النوادر بعد أن نقله: وليس لهم أي الشفعاء الغيب أن يكتبوا ذلك عليكما جميعا. انتهى. أي على الشفيع الأول والمشتري.

ص: [وهل العهدة عليه أو على المشتري³⁷⁰] [أو على المشتري فقط³⁷¹] كغيره ش: يعني أنه إذا أخذ من حضر من الشفعاء جميع الشفعة، ثم قدم أحد الشفعاء الغيب وأخذ بالشفعة هل تكون العهدة على الشفيع الأول، أو على المشتري المأخوذ منه بالشفعة كما تكون العهدة عليه في غير مسألة الغائب إذا قدم على شريكه؟ قال في النوادر: قال ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على

المشتري. قال أشهب: وإليه يدفع الثمن إن كان المبتاع دفعه إلى البائع وعلى المشتري قبض الشقص ودفعه إلى الشفيع، فإن كان المشتري حاضرا ولم يدفع الثمن دفع الشفيع الثمن إلى البائع، وعلى المشتري قبض الشقص للشفيع، وإن شاء الشفيع قبضه من البائع وعهده في ذلك كله على المبتاع، ومن كتاب ابن المواز: فإن غاب المبتاع ولم يكن ثقة فأبى البائع من دفع الشقص. قال ابن القاسم: ينظر فيه السلطان. وقال أشهب في الكتابين: إن قربت غيبته كتب حتى يقدم فيكتب عليه العهدة، وإن بعدت غيبته قضى للشفيع بشفعته وقضى للبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان البائع قبضه أخذه الإمام من الشفيع فأوقفه للمبتاع وكتب عليه العهدة، فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه، محمد: وإن مات فالعهدة على ورثته يريد في تركته. قال ابن حبيب: وإذا حكم على المبتاع بشفعته فأبى من أخذ

370 * - الظاهر أن هذه الفقرة كررها الناسخ وليست في الأصل فقد كتب محمد عالي بن عدود في هامش نسخه "هكذا النص: وهل العهدة عليه أو على المشتري أو على المشتري فقط كغيره" وما كتب محمد عالي هو الذي في نسخة محمد يحيى بن أبوه وفي المواق والميسر وغيرهما.

371 - ساقطة من المطبوع وم124 ويحيى161 والشيخ257 ومايأبى14 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 329.

نص خليل

كَذِي سَهْمٍ عَلَى وَارِثٍ وَوَارِثٌ عَلَى مُوصًى لَهُمْ ثُمَّ الْوَارِثُ ثُمَّ الْأَجْنَبِيُّ وَأَخَذَ بِأَيِّ بَيْعٍ وَعَهْدَتُهُ عَلَيْهِ وَنُقِضَ مَا بَعْدَهُ وَلَهُ غَلَّتُهُ وَفِي فُسْخٍ عَقْدٍ كِرَائِهِ تَرَدُّدٌ وَلَا يَضْمَنُ نَقْصَهُ فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيمَتُهُ قَائِمًا وَلِلشَّفِيعِ النُّقْضُ أَمَّا لِغَيْبَةِ شَفِيعِهِ فَقَاسَمَ وَكَيْلُهُ أَوْ قَاضٍ عَنْهُ أَوْ اسْقَطَ لِكُذْبٍ فِي الثَّمَنِ أَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفَهَا وَحُطَّ مَا حُطَّ لِغَيْبٍ أَوْ لِهَبَةٍ إِنْ حُطَّ عَادَةً أَوْ أَشْبَهَ الثَّمَنِ بَعْدَهُ وَإِنْ اسْتَحَقَّ الثَّمَنُ أَوْ رُدَّ بَعِيْبٍ بَعْدَهَا رَجَعَ الْبَائِعُ بِقِيَمَةِ شَقِيصِهِ وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا إِلَّا النُّقْدَ فَمِثْلُهُ وَلَمْ يَنْتَقِضْ مَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي وَإِنْ وَقَعَ قَبْلَهَا بَطَلَتْ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي بَيِّينٌ فِيمَا يُشْبَهُ.

متن الخطاب

الثمن قال يحكم بها ويكتب له العهدة على المبتاع ويأخذ الثمن فيوقف له من أمواله والشفيع منه بريء. انتهى. ونقل ابن عرفة هذا الكلام. والله أعلم.
ص: كذي سهم على وارث ش:

تذنيه: أما العصة فكلهم سواء ولو كان بعضهم شقيقا لبعض. قال في أول الشفعة: ومن هلك وترك ثلاث بنين اثنان منهم شقيقان والآخر لأب، وترك بينهم دارا فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسمة فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب سواء؛ إذ بالبنوة ورثوا ولا ينظر إلى الأقعد بالبائع، ولو ولد ولد لأحدهم ثم مات فباع بعض ولده حصته فبقية ولده أشفع من أعمامهم لأنهم أهل مورث ثان، فإذا سلموا فالشفعة لأعمامهم، وإن باع أحد الأعمام فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيههم لدخولهم مدخل أبيهم، وإن ترك ابنتين وعصة فباعت إحدى الابنتين فأختها أشفع من العصة لأنهما أهل سهم، [فإن سلمت³⁷²] فالعصة أحق ممن شركهم بملك، ولو باع أحد العصة فالشفعة لبقية العصة والبنات، وكذلك الأخوات مع البنات حكم العصة؛ لأن العصة ليس لهم فرض مسمى. انتهى.
ص: وأخذ بأي بيع شاء ش: هذا إذا كان غير عالم أو غائبا، وأما إن كان حاضرا عالما فإنه يسقط شفعته من البائع الأول. قال اللخمي: فصل: فإذا باع المشتري نصيبه والشفيع حاضر عالم ولم يقم برد البيع سقطت شفعته في البيع الأول وكانت له الشفعة في البيع الثاني، وكذلك إن بيع بيعات وهو حاضر سقطت [شفعته³⁷³] إلا من بيع آخر، وإن كان غير عالم كان بالخيار يأخذ بأيهما أحب. انتهى.

ص: وعهده عليه ش: أي على من أخذ منه. قال في المدونة: وعهدة الشفيع على المبتاع خاصة وإليه يدفع الثمن كان بائعه قد قبض الثمن أم لا، ولو غاب المبتاع قبل أن ينقد الثمن/ ولم يقبض الدار [نظر³⁷⁴] الإمام في ذلك، والبائع له منع الشقص حتى يقبض الثمن، فإن شاء الشفيع أن ينقده فذلك له ويقبض الشقص، وعهده على المبتاع لأنه أدى عنه.
ص: وفي فسخ عقد كرائه تردد ش: حاصله أن له الأخذ بالشفعة من الآن، واختلف الطليطيون والقرطبيون في فسخ الكراء، وعلى القول بعدم الفسخ فالكراء للمشتري كما نقله في التوضيح، ونقله أبو الحسن.

331

332

ص: وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري ببيمين فيهما يشبه ش: قال في المدونة: وإن اختلف

الحديث

372 - في المطبوع فإذا سلمت وما بين المعقوفين من يحيى 162 وم 116 والشيخ 258.

373 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 330 وم 117 ويحيى 162 والشيخ 258 وما يابى 15.

374 - في المطبوع انظر وما بين المعقوفين من ن ذي ص 331 وم 119 وسيد 54 وما يابى 15 ويحيى 151 والشيخ 258.

نص خليل

ككبير يرغب في مجاوره وإلا فللشفيع وإن لم يشبهها حلفاً ورد إلى الوسط وإن نكل مشتري ففي الأخذ بما ادعى أو أدى قولان وإن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض كمشتري قطعة من جنان بإزاء جنانه ليتوصل له من جنان مشتريه ثم استحق جنان المشتري ورد البائع نصف الثمن وله نصف الزرع وخير الشفيع أولاً بين أن يشفع أو لا فيخير المبتاع في رد ما بقي.

متن الحطاب

الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس [بمثله³⁷⁵] فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار [الصليقة³⁷⁶] بداره فيثمنه فالقول قوله إذا أتى بما يشبه. انتهى. وقول المصنف: "بيمين"، ظاهره سواء حقق الشفيع عليه الدعوى أم لا، وليس كذلك. قال في الشامل: بيمين إن حقق الشفيع لا إن اتهمه، وإلا فبدون يمين على الأشهر. انتهى. ونقله في التوضيح، وأصله لابن رشد.

ص: ككبير يرغب في مجاورته ش: هذا مثال لما أشبه فيه قول المشتري. قال ابن غازي: يرغب مبنياً للفاعل، ومجاورته بكسر الواو اسم فاعل، وهو كقوله في المدونة: إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار الملاصقة به. انتهى.

قلت: ما ذكره هو الظاهر، ويحتمل أن يقرأ يرغب بالبناء للمفعول، ومجاورته بفتح الواو مصدر جاور يجاور، وقد جوز أبو الحسن في كلام المدونة المتقدم أن يكون المراد به ما تقدم قال: وإنه أراد يرغب أحد المشتريين في الدار التي تلاصق الملك إذا كان عادلاً. قال في الوثائق المجموعة: وكذلك الشريكان والجار للصليق. انتهى. وقال أبو الحسن: وقوله في المدونة: "إذا أتى بما يشبه" يريد ما يمكن أن يزيده فيها. انتهى.

ص: [فإن³⁷⁷] لم يشبهها حلفاً ورد إلى الوسط ش: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: [اختلف³⁷⁸] إذا أتيا بما لا يشبه، فأعدل الأقوال أن يحلفا جميعاً ويأخذ الشفيع بالقيمة، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف. ابن رشد: وإن أتى بما لا يشبه لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه. الشيخ: وغيره أعدل الأقاويل أن تسقط الشفعة كنسيان الثمن. انتهى.

فرع: [قال في المدونة: ³⁷⁹] وإن أقاما بينة وتكافأت في العدالة كانا كمن لا بينة لهما ويصدق المبتاع لأن الدار في يديه. قال أبو الحسن: قال هنا لأن الدار في يديه، وقال فيما تقدم: لأنه مدعى عليه ومعناهما واحد لأنه يريد أخذها من يديه بأقل مما ادعاه. انتهى.

ص: وإن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض ش: تنتم هذه المسألة قوله: ورد البائع/ نصف الثمن وله نصف الزرع، وخير الشفيع أولاً بين أن يشفع أو لا فيخير المبتاع في رد ما بقي، ويشير إلى قوله في المدونة: ومن ابتاع أرضاً

333

الحديث

375 - في المطبوع عن مثله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 332 ويحيى 162 والشيخ 258 وما يابى 15.

376 - في التهذيب ج 4 ص 131 اللاصقة.

377 - في نسخة الشيخ 259 وإن لم.

378 - في المطبوع اختلافاً وما بين المعقوفين من ن ذي ص 232 وم 119 وسيد 54 ويحيى 152 وما يابى 16.

379 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 162 وما يابى 16.

متن الحطاب يزرها الأخضر فاستحق رجل نصف [الأرض³⁸⁰] خاصة واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل، ويبطل في نصف [الأرض³⁸¹] لانفراده بلا أرض، ويرد البائع نصف الثمن، ويصير له نصف الزرع وللمستحق نصف الأرض، ثم يبدأ الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقي، فإن أحب أخذه بالشفعة ولم يكن له في نصف الزرع شفعة، وإن لم يستشفع خير المبتاع بين رد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن لأنه استحق من صفقته ما له بال وعليه فيه الضرر، وبين أن يتماسك بنصف الأرض ونصف الزرع ويرجع بنصف الثمن. انتهى. قوله في المدونة: واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل [هو³⁸²] نحو قول المصنف: "واستشفع" وهو يوهم أن الاستشفاع شرط في بطلان البيع في [النصف وليس كذلك، وقول المصنف: "بطل البيع في نصف الزرع" يفهم منه بطلان البيع في³⁸³] نصف الأرض؛ لأنه علل بطلان البيع فيه لبقائه بلا أرض، ويفهم من قوله: "ورد البائع نصف الثمن" أنه يقتضي أنه يرد نصف جميع ثمن الأرض والزرع، وذلك مقتضى لبطلان البيع فيهما، وقوله: "وله نصف الزرع" أي للبائع نصف الزرع الذي في النصف المستحق، ونقل الشارح في الكبير عن النوادر أن على البائع الكراء في النصف المستحق من الأرض.

قلت: وينبغي أن يجري على ما تقدم في فصل الاستحقاق، وقول المصنف: "وخير الشفيع" أولاً بين أن يشفع [أو لا³⁸⁴] لم يبين ما يترتب على أخذه بالشفعة، وقد بين ذلك في المدونة، وقال إنه إن أخذ النصف الباقي من الأرض بالشفعة لم يكن له في نصف الزرع شفعة وذلك على المشهور من أن الزرع لا شفعة فيه، لكنه لم يبين في المدونة لمن يكون هذا النصف من الزرع، وذكر في النكت والتنبيهات فيه قولين: أحدهما أنه للبائع مع النصف الأول فيصير جميع الزرع له، والثاني أنه للمشتري، وصوبوا هذا القول الثاني، وجعلوا الأول خطأ لأن الشفعة بيع، والأخذ إنما هو من الشفيع وعليه العهدة، وفي التنبيهات أنه إذا أخذ بالشفعة فض الثمن على نصف الأرض ونصف الزرع. فانظره ولا كراء على الشفيع في نصف هذا الزرع؛ لأنه بمنزلة من اشترى أرضاً فزرعها ثم أخذها الشفيع فلا أجره له. انظر التوضيح. وأما إن لم يأخذ الشفيع بالشفعة فقد بين ما يترتب على ذلك في المدونة، ويفهم من كلام المصنف، وأما قول المصنف: "كمشتري قطعة من جنان" إلى قوله: "ثم استحق جنان البائع" فهي مسألة أخرى شبهها بمسألة بطلان البيع في نصف الزرع لبطلان البيع فيها لكون المشتري لا طريق له إلى الانتفاع بما اشتراه، لكن البطلان في مسألة الزرع إنما هو لأن الزرع الأخضر لا يجوز بيعه إلا تبعاً للأرض، ولا يجوز بيعه بانفراده لأنه لم يبد صلاحه وصلاحه يبعه،

380 - في المطبوع الزرع الأخضر وما بين المعقوفين من ن ذي ص 333 ويحيى 162 والشيخ 259 وما يابى 16 والتذهيب، ج 4 ص 150.

381 - هكذا في ن عدد ص 333 وصوبه الشيخ محد سالم ب ما في المطبوع الزرع وهو الذي في ما يابى 16 ويحيى 162 والتذهيب، ج 4 ص 150.

382 - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من يحيى 152 وم 119 وسيد 54 وما يابى 16 والشيخ 259.

383 - ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في يحيى 152 وم 119 وسيد 34 وما يابى 16 والشيخ 259.

384 - في المطبوع أم لا وما بين المعقوفين من سيد 34 والشيخ 259 وما يابى 16.

باب القسمة

نص خليل

334

متن الخطاب

وليس المعنى أنه ليس [له³⁸⁵] أرض يبقى فيها وأنه يحكم بقلعه؛ ألا ترى أنه للبائع بخلاف مسألة الجنان فإن موجب الفساد أنه لم يبق للمشتري طريق إلى الانتفاع بما اشتراه، فالتشبيه بينهما إنما هو في فقد شرط من شروط صحة البيع، ففي مسألة الزرع من شروط صحة بيعه كونه [تبعاً للأرض، وفي مسألة الجنان من شروط صحة بيعه كونه³⁸⁶] منتفعاً به وقد صار غير منتفع به. فتأمل. والله أعلم.

مسألة: / قال اللخمي في تبصرته في آخر كتاب الشفعة: إذا باع أحد الشريكين لنفسه طائفة بعينها كان شريكه بالخيار بين خمسة أوجه بين أن يمضيها لشريكه وللمشتري ويبقى له ما لم يبيع، أو يكون ما لم يبيع شركة بينهما، وما يبيع بينهما والثمن بينهما، أو يزد البيع في نصيبه من المبيع ولا يستشفع، أو يستشفع أو يدعو إلى المقاسمة، فإن صارت الطائفة المبيعة للبائع مضى البيع، وإن صارت للآخر كان بالخيار في إجازة البيع ورده، وإن صار بعضها عند من لم يبيع فإن أجاز البيع، فيه مضى البيع وإن رد البيع في نصيبه كان للمشتري أن يرد البيع فيما بقي في يده، إلا أن يكون الذي رده للشريك أيسر الطائفة المبيعة فلا يكون له رد الباقي، واختلف إذا قال البائع ليس لك أن تبقى ما لم يبيع شركة بيني وبينك وتشاركني فيما بعته ولكن نتقاسم فيصير ذلك لي أو لك فقبل لا مقال له في ذلك والمبدأ الشريك الذي لم يبيع، وقيل له ذلك، وهو أحسن لأن كون ما لم يبيع شركة ضرر عليه، وإنما رضي أن يكون ذلك على وجه المقاسمة فإذا رضي مضى ذلك على وجه المقاسمة أو يرده ويرجعان إلى المقاسمة. انتهى. والمسألة في آخر كتاب الشفعة من المدونة، وانظرها في أول رسم أول عبد أبتاعه فهو حر من سماع يحيى من كتاب الشفعة. وانظر ابن سلمون في أواخر الشفعة، وفيه مسألة من له حصة فباع جزء دون حصته، وسئلت عن هذه المسألة فأجبت بما ذكره اللخمي. وفي السؤال وحكم في [البيع³⁸⁷] المذكور حاكم بثبوت [البيع³⁸⁸] أو بموجبه فهل الحكم بذلك مقتض للحكم بالقسمة إذا ادعاه البائع أو المشتري؟ فأجبت بأن حكم الحاكم بثبوت البيع أو بموجبه لا يقتضي الحكم بالقسمة. والله أعلم.

ص: باب القسمة ش: قال ابن عرفة: تصيير مشاع من مملوك مالكين معينا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو [تراض³⁸⁹] فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائباً. نقله الشيخ عن ابن حبيب، ورواه ابن سهل في طعام سلم، ويخرج تعيين معتق أحد عبديه أحدهما، وتعيين مشتر أحد ثوبين

الحديث

385 - في المطبوع لك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 333 ويحيى 163 والشيخ 259.

386 - ساقطة من المطبوع وم 119 وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص 333 ويحيى 163 والشيخ 259 ومايأبى 16.

387 * - في يحيى 153 ومايأبى 17 والشيخ 260 المبيع.

388 * - في المطبوع المبيع وما بين المعقوفين من م 119 وسيد 54 والشيخ 260 ويحيى 153 ومايأبى 17.

389 - في المطبوع قراض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 334 ويحيى 163 والشيخ 260.

نص خليل تَهَايُؤُ فِي زَمَنِ كَخْدَمَةِ عَبْدٍ شَهْرًا وَسُكْنَى دَارِ سَنَيْنَ كَالْإِجَارَةِ لَا فِي غَلَّةٍ وَلَوْ يَوْمًا وَمَرَاضَاةً فَكَالْبَيْعِ.

متن الخطاب أحدهما، وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه بموت الزائد عليه قبل [تعيينه]³⁹⁰ بالقسمة. انتهى.

ص: تَهَايُؤُ ش: قال الرجراجي: وقسمة المهايأة تقال بالنون لأن كل واحد منهما [هنا]³⁹¹ صاحبه بما أراده، ويقال بالباء أيضا لأن كل واحد منهما وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة، ويقال بالياء [تحتة]³⁹² ثنتان لأن كل واحد منهما هيا لصاحبه ما طلب منه. انتهى. ابن عرفة: وهي أي المهايأة اختصاص شريك بمشترك فيه عن شريكه [فيه]³⁹³ زما معينا من متحد أو متعدد [يجوز]³⁹⁴ في نفس منفعة لا في غلته.

ص: فِي زَمَنِ كَخْدَمَةِ عَبْدٍ شَهْرًا أَوْ سَكْنَى دَارِ سَنَيْنَ كَالْإِجَارَةِ ش: نبه بهذا علي أن قسمة/ التهايؤ في زمن معين تكون كالإجارة لازمة، وشمل كلامه ما إذا كان المقسوم متحدا [و]³⁹⁵ يأخذه كل واحد مدة معينة [أو كان متعددا وأخذ كل واحد منه شيئا مدة،³⁹⁶ ولا يشترط تساوي المدة فيهما، ومفهوم قوله: "في زمن كالإجارة" أنها لو كانت من غير تعيين زمن لم تكن كالإجارة وهو يشير إلى قول ابن الحاجب: فالأولى يعني المهايأة إجارة لازمة يأخذها كل واحد منهما أو [إحدهما]³⁹⁷ مدة معينة وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار. انتهى. قال في التوضيح: وهذا القسم أي المهايأة على قسمين؛ مقاسمة زمان، ومقاسمة أعيان أشار المصنف إليهما بقوله: "فالأولى إلى قوله مدة معينة" وقوله: "أو [إحدهما]"³⁹⁸ راجع إلى الدارين، وقوله: "مدة [معينة]"³⁹⁹ يعم [الصورتين، ويحتمل عوده إلى الثانية ويضمرب بعد الأولى مثله، والدار الواحدة إنما يتصور فيها قسمة زمان بخلاف الدارين فإنها مقاسمة أعيان، وقوله: "وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد منهما سكنى دار" من غير تعيين مدة. انتهى. وقال ابن عبد السلام: قوله: "غير لازمة" هذا نوع من أنواع الإجارة على الخيار، ولا يشترط فيها ضرب الأجل لأن كل واحد منهما له أن ينحل متى شاء، ولا يمكن تصويرها بالمثال الأول من مثالي [اللازمة]⁴⁰⁰ إلا أن يأخذ أحدهما بيتا من الدار مثلا ويأخذ الآخر كذلك. انتهى.

ص: وَمَرَاضَاةً فَكَالْبَيْعِ ش: هذا هو القسم الثاني من أقسام القسمة وهي قسمة المراضاة وبعضهم

الحديث

- 390 - في المطبوع وم 119 وسيد 55 تعينه وما بين المعقوفين من يحيى 153 ومايaby 17 والشيخ 260.
- 391 - في المطبوع وم 119 هنى وما بين المعقوفين من يحيى 153 ومايaby 17 وسيد 55 والشيخ 260.
- 392 - في المطبوع تحتية وما بين المعقوفين من م 120 ومايaby 17 والشيخ 260.
- 393 - في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من مختصر ابن عرفة مخطوط ص 35.
- 394 - في المطبوع ويجوز وما بين المعقوفين من يحيى 153 والشيخ 260 ومايaby 17 وسيد 55 وم 120.
- 395 - في المطبوع أو ويحيى 163 وما بين المعقوفين من ن عود ص 335 والشيخ 260 ومايaby 17.
- 396 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 335 ويحيى 163 والشيخ 260 ومايaby 17.
- 397 - في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من الشيخ 260 وم 120 وسيد 55.
- 398 - في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من الشيخ 260 ومايaby 17.
- 399 - في المطبوع معلومة يحتمل وما بين المعقوفين من يحيى 153 والشيخ 260 ومايaby 17 وسيد 55 وم 120.
- 400 - في المطبوع الملازمة وما بين المعقوفين من م 120 ومايaby 17 وسيد 55 والشيخ 260.

نص خليل
وَقَرَعَةٌ وَهِيَ تَمْيِيزُ حَقٍّ.

متن الخطاب
يسمىها قسمة بيع. قال ابن عرفة: وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعدله بتراض ملكا للجميع. انتهى. وهو على قسمين بعد تقويم وتعديل. قال في معين الحكام وغيره: واللفظ للمعين فهذه لا يقضى بها على من أباه، ويجمع فيها بين حظين في القسم وبين الأجناس والأصناف والمكيل والموزون [حاشي⁴⁰¹] ما يدخر من الطعام مما لا يجوز فيه التفاضل، ويقام فيها بالغبن إذا ظهر، والأظهر أنها بيع من البيوع، وقسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم حكمها حكم التي بعد التعديل والتقويم إلا في القيام بالغبن وهي بيع من البيوع بلا خلاف. انتهى. وفي التوضيح نحوه، وقاله في التنبيهات.

ص: وقرعة ش: قال ابن عرفة: وهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم [بما⁴⁰²] [يمنع علمه حين [فعله. [انتهى. [ثم⁴⁰³] [قال ابن عرفة: [والصواب أن [قسمة⁴⁰⁶] [القرعة بيع لا [تمييز⁴⁰⁷] [لأنه لا يختلف أن كل نخلة قبل القسمة شركة فالقسمة بيع. [انتهى. [تنبيه: قال في اللباب: المقسوم لهم الشركاء المالكون فلا يقسم لغير المالك كالمحبس عليهم قسمة قرعة ولا مراضاة، ولا يمنع أن يقسم بينهم قسمة مهياة في الأزمان في الدور والأرضين دون الشجر. انتهى. وفي مسائل القسمة من البرزلي مسألة: في المجموعة اختلف في قسمة الحبس قسمة اغتلال فكرهه قوم، وأجازه آخرون، ويحتمل أن يريد الأرض لا الشجر؛ لنصهم على منع قسمة الشجر. قلت: هذه قسمة المهياة، وذكر كلام ابن عرفة المتقدم في حد قسمة المهياة والخلاف في قدرها. ثم قال في المجموعة: اختلف في قسمة الحبس على التعديل والاتساع فكرهه قوم، وأجازه آخرون فهذا يحتمل أن يريد الأرض والشجر وغيرهما. انتهى. ولما ذكر ابن عرفة قسمة المهياة. قال: قال ابن رشد منها قسمة الحبس للاغتلال في جبر المحبس عليهم ما لم يزد عددهم بولادة أو نقص بموت ومنعه ثالثها تجوز برضاهم لبعضهم محتجا بقولهم فيمن حبس في مرضه على ولده وولد/ ولده يقسم الحبس على عددهم وغير ذلك من الظواهر الموجودة في مسائلهم وبعضهم محتجا بقول مالك فيها لا يقسم الحبس وغيرهم.

336

الحديث

401 - في المطبوع خشي وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص 335 والشيخ 260 ويحيى 163 ومايaby 18.

402 - في المطبوع مما وما بين المعقوفين من حدود ابن عرفة ج 2 ص 497.

403 - وردت في يحيى 153.

404 - في المطبوع من القسمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 ويحيى 163 والشيخ 261 ومايaby 18.

405 - وفي نسخة يحيى 153 زيادة وهي: (بعد ذلك بنحو الكراس لما تكلم على مسألة قسم البلح وما قال في المدونة من أن من له النخل عليه سقيه إن كان التمر لغيره وانكار ابن عبدوس لذلك وأن السقي إنما هو على من له التمر لأن القسمة ليست ببيع قال).

406 - في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 ويحيى 163 والشيخ 261 ومايaby 18.

407 - في المطبوع تميز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 ويحيى 163 والشيخ 261 ومايaby 18.

408 - ساقط من المطبوع وم ومايaby والشيخ وسيد وقد ورد في يحيى 153.

وَكَفَى قَاسِمٌ لَا مَقُومٌ وَأَجْرُهُ بِالْعَدَدِ وَكُرَّةٌ وَقُسِمَ الْعَقَارُ وَغَيْرُهُ بِالْقِيَمَةِ.

نص خليل

قلت: [عزا⁴⁰⁹] ابن سهل الأول لعبيد الله بن يحيى ولمحمد بن لبابة وابن وليد وأيوب بن سليمان وابن أيمن والثاني لابن [الأغبس⁴¹⁰] قال: ويفسخ إن نزل، وعزا أحد القولين من المدونة لابن عات فقال عن محمد بن يحيى بن لبابة حملها على الخلاف غلط، إنما حمل القسم على ثمن المنفعة ومنعه على الربع المحبس نفسه. انتهى. وسئلت عن مال موقوف على وصي وأيتام فاقتضى رأي الوصي، ورأي جماعة من المسلمين قسم المال الموقوف فهل يقسم أم لا؟ فأجبت: إن كان المراد بالقسمة الاستبداد والاختصاص بحيث يصير كل واحد يفعل فيما بيده ما شاء فهذا لا يجوز، وإن أريد قسمته قسمة مهايأة بمعنى أن كل واحد من المحبس عليهم يسكن ناحية منه، أو يستغله مدة وكلما تغير عدد الموقوف عليهم بزيادة أو نقص تغيرت القسمة فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: فقليل إن ذلك لا يجوز، وقيل يجوز إذا رضي الموقوف عليهم أجمعون، وقيل يجبرون على ذلك، والقول الثاني هو الظاهر. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: وكفى قاسم لا مقوم ش: قال القرافي في الفرق الأول من قواعده في الصور المركبة من الشهادة والرواية: رابعها المقوم للسلع وأرش الجنایات والمساقاة [والمغصوبات⁴¹¹] وغيرها. قال مالك: يكفي الواحد [في التقويم⁴¹²] إلا أن يتعلق بالقيم حد كالسرقة فلا بد من اثنين، وروي لا بد من اثنين في كل موضع، ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشياء شبه الشهادة لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر، وشبه الرواية لأن المقوم متصد لما لا يتناهى كالمترجم والقائف، وهو ضعيف لأن الشهادة كذلك، وشبه الحاكم لأن حكمه ينفذ في القيمة والحاكم ينفذه، وهو أظهر من شبه الرواية، فإن تعلق بإخباره حد تعين مراعاة الشهادة لوجهين: أحدهما قوة ما يفرض إليه هذا الإخبار، وينبني عليه من إباحة عضو آدمي معصوم، وثانيهما أن الخلاف في كونه رواية أو شهادة شبهة يدراً بها الحد. ثم قال: وخامسها القاسم/ قال مالك: يكفي واحد، والأحسن اثنان، وقال أبو إسحاق: لا بد من اثنين، وللشافعية في ذلك قولان، ومنشأ الخلاف شبه الحكم والرواية أو الشهادة، والأظهر شبه الحكم لأن الحاكم استنابه في ذلك وهو المشهور عندنا وعند الشافعية أيضاً. انتهى. وفي [الباب⁴¹³] الرابع عشر من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون قال ابن القصار: ويقبل قول التاجر في قيم المتلفات إلا أن يتعلق بالقيمة حد فلا بد من اثنين، وروي عن مالك أنه لا بد من [اثنين⁴¹⁴] [مثال⁴¹⁵] القيمة التي يتعلق بها حد كتقويم العرض المسروق وهل بلغت قيمته إلى النصاب أم لا؟ فهنا لا بد من

337

الحديث

409 - في المطبوع عن وم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 ويحيى 164 والشيخ 261 ومايaby 18.

410 - في المطبوع الأعين وما بين المعقوفين من الأحكام الكبرى لابن سهل ص 583.

411 - في المطبوع والغصوبات ويحيى 164 (وم الغصوب) وما بين المعقوفين من ن ذي ص 336 والشيخ 261 ومايaby 18.

412 - في المطبوع بالتقويم وم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 ويحيى 164 والشيخ 261 ومايaby 18.

413 - في المطبوع الكتاب ومايaby 19 (اللباب) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ويحيى 164 والشيخ 261.

414 - في المطبوع اثنين عند مثل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ومايaby 19.

415 - في المطبوع مثل وما بين المعقوفين من التبصرة ص 247.

نص خليل

وَأَفْرَدَ كُلُّ نَوْعٍ وَجْمَعَ دُورٌ وَأَقْرَحَ وَلَوْ بَوْصَفٍ إِنَّ تَسَاوَتْ قِيَمَةٌ وَرَغَبَةٌ وَتَقَارَبَتْ كَأَلْمِيلٍ إِنْ دَعَا إِلَيْهِ أَحَدُهُمْ وَلَوْ بَعْلًا وَسَيِّحًا إِلَّا مَعْرُوفَةً بِالسُّكْنَى فَالْقَوْلُ لِمُقْرِدِهَا وَتَوَلَّتْ أَيْضًا بِخِلَافِهِ وَفِي الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ تَأْوِيلَانِ.

متن الخطاب

اثنين. انتهى. ثم قال: قال ابن القصار: يجوز تقليد القاسم على ما رواه ابن نافع عن مالك كما يقلد المقوم لأرش الجنايات لمعرفته بذلك، وقال الأبهري يجب أن يكون اثنين ثم رجع عن ذلك. انتهى. فعمل المصنف ترجح عنده الرواية الثانية في المقوم، والفرق بين القاسم والمقوم أن القاسم نائب عن الحاكم. انتهى. فاكثفي فيه بالواحد والمقوم كالشاهد على القيمة فيترجح فيه جانب الشهادة. تنبيهات: الأول: الذي يظهر أن مراد المصنف بالمقوم المقوم للسلع المتلفات ولأروش الجنايات، ونحوهما كما تقدم في كلام القرافي، وليس المراد به المقوم للسلعة المقسومة فإن الذي يظهر من كلامهم أن القاسم هو الذي يقوم المقسوم ويعدله.

الثاني: قال القرافي في الذخيرة: قال في النوادر: قال ابن حبيب: لا يأمر الحاكم بالقسم إلا من هو عنده مأمون بصير، وقال الشافعية يشترط في منصوب الإمام الحرية والعدالة والتكليف والذكورة لأنه حاكم وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم، ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية؛ لأنه وكيل، ولم أر لأصحابنا ما يخالف هذا. انتهى. والله أعلم.

الثالث: فهم من قول المصنف: "كفى قاسم" أن الأولى خلاف ذلك وهو كذلك. قال ابن الحاجب: الاثنان أولى من الواحد، وقال ابن عرفة: الشيخ عن ابن حبيب: لا يأمر القاضي بالقسم إلا المأمون المرضي وإن كانا اثنين فهو أفضل، وإن لم يجد إلا واحدا كفى. انتهى.

ص: وأفرد كل نوع ش: يعني أنه لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة القرعة. قال في المدونة: ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظا والرقيق حظا ويستهمون وإن اتفق قيم ذلك لأنه خطر، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة، البقر على حدة والغنم على حدة والعروض على حدة إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم، وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية وما قيمته [مثلها⁴¹⁶] ناحية من ربع أو عرض أو حيوان [ويقترعوا،⁴¹⁷] وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز، وأما داران في موضع وإن تفاضلتا في البناء كواحدة جديدة وأخرى رثة أو دار بعضها رث وبقاها جديد فذلك يجمع في القسم؛ لأنه نوع واحد منه [جيد⁴¹⁸] ودون بالقيم كقسم الرقيق على تفاوتهما، وكل صنف لا بد فيه من ذلك، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمل القسمة بيع عليهم الجميع، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم فيجوز. انتهى.

ص: وجمع دور وأقرحة ش: كذا في بعض النسخ بالواو وفي/ بعضها بأو وعلى النسخة الأولى فالواو بمعنى أو، والمراد أن الدور تجمع على حدة والأقرحة على حدة، ولا يريد أن الدور تجمع مع الأقرحة.

338

الحديث

416 - في المطبوع ما ما ثلها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 وم والشيخ 262 وما يابى 19.

417 - في المطبوع أو يقترعوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ويحيى 154 وم 120.

418 * - في المطبوع والشيخ 262 وما يابى 19 وسيد 55 جديد وما بين المعقوفين من يحيى 154 والتهذيب ج 4 ص 198.

نص خليل

وَأَفْرَدَ كُلُّ صِنْفٍ كَتْفَاحٍ إِنْ احْتَمَلَ إِلَّا كَحَائِطٍ فِيهِ شَجَرٌ مُخْتَلِفَةٌ أَوْ أَرْضٌ بِشَجَرٍ مُتَفَرِّقَةٍ وَجَارَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ إِنْ جَزُ وَإِنْ لِكِنْصَفٍ شَهْرٍ وَأَخَذُ وَارِثٍ عَرْضًا وَآخَرَ دَيْنًا إِنْ جَارَ بَيْعُهُ وَأَخَذُ أَحَدَهُمَا قِطْنِيَّةً وَالْآخَرَ قَمَحًا وَخِيَارُ أَحَدِهِمَا كَالْبَيْعِ.

متن الخطاب

قال ابن الحاجب: وتجمع الدور المتقاربة المكان المستوية نفاقا ورغبة مهما دعا إليه أحدهم. ثم قال: وكذلك [القرى⁴¹⁹] والحوائط والأقربة يجمع ما تقارب مكانه كالليل ونحوه وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف اليوم. قال ابن عبد السلام: لا يريد المؤلف [أن⁴²⁰] هذه الأنواع التي ذكرها من قرى وحوائط وأقربة تجمع في القسم ولكن كل نوع من هذه يجمع. انتهى. وقال الرجراجي: اتفقوا على أنه لا يجمع في قسمة القرعة الدور مع الحوائط ولا الحوائط مع الأرضين ولا الدور مع الأرضين، وإنما يقسم كل شيء من ذلك على حدته، ويضم بعضه إلى بعض على شروط [نذكرها⁴²¹]. انتهى. والأقربة جمع قراح بفتح القاف. قال في المدونة: هي الفدادين. وقال ابن عبد السلام: الأقربة هي المزارع التي ليس فيها بناء ولا شجر. قاله الجوهرى. والله أعلم.

ص: وأفرد كل صنف كتفاح إن احتمل ش: يعني أن كل صنف من أصناف الفواكه كالتفاح والرمان إذا كان يحمل القسمة بين الشركاء فإنه يفرد؛ يريد إذا كان كل واحد في حائط بدليل قوله "إلا في كحائط فيه شجر مختلفة" فإنه يعني أن الحائط إذا كان فيه أشجار [من⁴²²] الفواكه فإنه يقسم بالقيمة. قاله في المدونة. وإن كانت قرية ذات دور وأرض بيضاء وشجر فليقسموا الأرض والدور على ما وصفنا، وأما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح ورمان وأترج وغيرها وكلها في جنان واحد فإنه يقسم كله مجتمعا بالقيمة كالحائط يكون فيه البرني والصيحاني والعجوة والجعرور وأصناف التمر فإنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع، فإن كان كل صنف من تفاح ورمان وغيره/ في جنان على حدة قسم بينهم كل جنان على حدته بالقيمة إن انقسم. انتهى. مسألة: قال في الطراز في كتاب السلم لما تكلم على القطنية وأنها أصناف إنها لا تجمع في القسم، وتقدم كلامه عند قول المصنف: "وقطنية ومنها كرسنة".

339

ص: أو أرض بشجر مفترقة ش: يعني أن الأرض إذا كان فيها شجر مفترقة فإنه يقسم الأرض مع الشجر جميعا، [ولا تقسم الشجر وحدها والأرض وحدها. قال في المدونة: وإن ورثوا أرضا فيها شجر مفترقة فليقسموا الشجر والأرض جميعا،⁴²³] ولو أفردنا قسمة الأصول وقعت أصول الرجل في أرض غيره. انتهى.

ص: وخيار أحدهما كالبيع ش: قال في المدونة: ولو اقتسما على أن لأحدهما الخيار أياما يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز وليس لمن لا خيار له [منهما⁴²⁴] رد وذلك لمشرطه، وإذا

الحديث

419 - في المطبوع بالقرى وما بين المعقوفين من ن ذي ص 338 ويحيى 154 ومايaby 19 وم 121 وسيد 55 والشيخ 262.

420 - ساقطة من المطبوع وم 121 وقد وردت في يحيى 154 ومايaby 19 وسيد 55.

421 - في المطبوع يذكرها وما بين المعقوفين من مايaby 19 وسيد 55.

422 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 338 ويحيى 165 والشيخ 262 ومايaby 19.

423 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 339 ويحيى 165 والشيخ 262 ومايaby 20.

424 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من م 119 ويحيى 165 والشيخ 262 ومايaby 20 وسيد 55.

نص خليل
وَعَرَسُ أُخْرَى إِنْ انْقَلَعَتْ شَجَرَتُكَ مِنْ أَرْضٍ غَيْرِكَ إِنْ لَمْ تَكُنْ أَضَرَّ كَعَرَسِهِ بِجَانِبِ نَهْرِكَ الْجَارِي فِي
أَرْضِهِ وَحُمِلَتْ فِي طَرَحٍ كُنَّاسَتِهِ عَلَى الْعُرْفِ وَلَمْ تَطْرَحْ عَلَى حَافَتِهِ إِنْ وَجَدْتَ سَعَةً وَجَارَ ارْتِزَاقُهُ مِنْ
بَيْتِ الْمَالِ.

متن الخطاب
بنى من له الخيار أو هدم أو ساوم الجميع فذلك رضا كالبيوع. انتهى.
ص: وغرس أخرى إن انقلعت ش: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: إن
سقطت الشجرة ونبتت فيها خلوف فالخلوف لصاحب الشجرة. ابن رشد: معناه إذا نبتت في مواضع
الشجرة لأن من كانت له شجرة في أرض رجل فله موضعها من الأرض، وليس لقدر ذلك حد معلوم
عند مالك، وهو بقدر ما تحتاج إليه الشجرة في شربها، وأما إن نبتت الخلوف خارجة عن قدر حق
صاحب الشجرة، فإن كان له فيها منفعة بغرسها في حقه كان له قلعها، وإلا فهي لرب الأرض
بقيمتها حطباً إن كان لها قيمة، وإلا فبغير شيء، وإن كان بقاؤها مضراً بأصل الشجرة كان لصاحب
الشجرة قطعها بكل حال، إلا أن يقطع الذي ظهرت في أرضه العروق المتصلة [بالشجرة⁴²⁵] حتى
لا تضر بها فله ذلك، ويعطيه قيمتها إن كان لها قيمة. انتهى باختصار.

فرع: وعلى رب الشجرة سقيها فإن امتنع من ذلك وكانت تشرب مع شجر صاحب البستان فالظاهر
أنه يلزمه أجره سقيها كما قال صاحب البيان في رسم الشجرة من سماع عيسى من جامع البيوع فيمن
اشترى زيتونة على أن يقطعها فتوانى في قطعها حتى أثمرت. قال ابن القاسم: الثمرة لمشتري
الشجرة. قال صاحب البيان: ويكون عليه أجره قيامه عليها إن كان يسقيها ولم يكن المطر يسقيها.
قاله ابن القاسم في رواية ابن جعفر عنه، ويكون عليه كراء موضعها من الأرض إن كان غائباً باتفاق،
وإن كان حاضراً على اختلاف. انتهى. وقال في كتاب العرايا من المدونة: ولو وهب [ثمر⁴²⁶] حائط
أو جزءاً منه أو تمر نخلة معينة سنين قبل الزهو أو أعمار ذلك لم يجز له شراء [ثمرة⁴²⁷] ذلك أو
بعضه بخرصه ولكن بعين أو بعرض والسقي في ذلك على الموهوب [له⁴²⁸] أو على المعري وعليه
الزكاة إن بلغ حظه ما فيه الزكاة، وإن لم يبلغ فلا زكاة على واحد منهما. قاله ابن القاسم. وقال
أكابر أصحابنا: العرية مثل الهبة، وفرق بينهما مالك في الزكاة والسقي. انتهى. وعلى قول مالك
مشى المؤلف في باب العرايا، والقصد منه أن من له نخلة معينة في بستان رجل فعليه سقي ذلك كما
دلت عليه نصوص المذهب. والله أعلم.

فرع: قال في وثائق ابن سلمون: قال في مسائل ابن الحاج: إذا اتفق الجيران على [رجل⁴²⁹] يحرس
لهم جناتهم أو كرومهم فأبى بعضهم من ذلك فإنه يجبر معهم، وكذلك أفتى ابن عتاب في الدور
يتفق الجيران، ويأبى بعضهم من ذلك. قال القاضي: إلا أن يقول صاحب الكرم أنا أحرسه بنفسى أو
يحرسه غلامي أو أخي فله ذلك، وبذلك أفتيت، وسئلت عن قوم لهم زرع استأجروا من يحرسه فأبى
بعضهم من ذلك وقال معي من يحرس زرعي وزرع كل واحد منهم على حدته واستأجروا

الحديث

425 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 339 ويحيى 165 والشيخ 263 ومايأبى 20.

426 - في المطبوع وسيد 55 ثمن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 340 ويحيى 155 والشيخ 263 ومايأبى 20 وم 121.

427 - في المطبوع ثمرة وما بين المعقوفين من مايأبى 20 وسيد 55 والشيخ 263.

428 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى 165 والشيخ 263 ومايأبى 20.

429 - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى 165 والشيخ 263 ومايأبى 20.

نص خليل

لَا شَهَادَتُهُ وَفِي قَفِيزٍ أَخَذُ أَحَدُهُمَا ثَلَاثِيهِ وَالْآخَرِ ثَلَاثُهُ لَا إِنْ زَادَ عَيْنًا أَوْ كَيْلًا لِدَنَاءَةٍ وَفِي كَثَلَاثِينَ قَفِيزًا وَثَلَاثِينَ دِرْهَمًا أَخَذُ أَحَدُهُمَا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَعِشْرِينَ قَفِيزًا إِنْ اتَّفَقَ الْقَمْحُ صِفَةً وَوَجَبَ غَرْبَلَةٌ قَمْحٍ لِبَيْعِ إِنْ زَادَ غَلَّتُهُ عَلَى الثَّلَاثِ وَإِلَّا تُدِبَتْ وَجَمْعُ بَزٍّ وَلَوْ كَصُوفٍ وَحَرِيرٍ لَا كَبْعَلٍ وَذَاتِ بُرٍّ أَوْ غَرْبٍ وَتَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ إِنْ لَمْ يَجْذَاهُ كَقَسَمِهِ بِأَصْلِهِ أَوْ قَتَا أَوْ زَرْعًا.

متن الخطاب من يحرسه وأبى هو من الدخول معهم فلم يحرس له أحد حتى كمل الزرع؛ فأفتيت أنهم يرجعون عليه بما ينوبه من الأجرة. قال: وأما الأجرة على الصلاة للإمام فمن أباه من الجيران لم يجبر عليها، ولا يحكم عليه بها؛ لأن الإجارة عليها مكروهة في أصلها، ولأن شهودها في الجماعة سنة لا فريضة، وينبغي في أجرة الجمعة أن تلزم من أباه؛ لأن شهودها فرض. انتهى. ص: لا [شهادته⁴³⁰] ش: قال في المدونة في كتاب الأقضية: ولا تجوز شهادة القسام على ما قسموا. انتهى. يريد بعد عزل القاضي الذي بعثه. قال ابن الحاجب: ولا يقبل قولهما بعد العزل. قال في التوضيح: لا يقبل قولهما بعد عزل القاضي الذي بعثهما. انتهى. وحاصل المسألة أن شهادة القسام فيما قسموه بأمر القاضي جائزة عنده ولو كان ذلك بعد إنفاذ الحكم بالقسمة عند اختلاف الورثة وضياع المستند الذي فيه القسمة، ولا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم. قاله ابن عرفة ناقلًا عن ابن رشد وعن النوادر. قال: وكذلك العاقد والخطب والمحلف والكاتب والناظر للعيب. والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي: وسئل ابن أبي زيد عن [الأندر إذا جمعت⁴³¹] السيول في موضع واحد بعد الخلط فقبل يقبل قول الحراثين إذا قالوا هذا أندر فلان وقالوا رأيناه وقد قلع الماء إياه، وكيف قسمة الشعير والزيتون عند الخلط؟ وهل يصدق كل واحد منهم عما كان في أندره ويحلف أو لا؟ فأجاب: إن كان إنما اختلط بشهادة الحراثين وهم عدول فهي جائزة، وأما غير العدول فشهادتهم غير جائزة، وأرباب الزيتون [والزرع⁴³²] إن تقراروا بينهم على شيء معلوم فهو كذلك، وإن تجاهلوا فليس إلا الإصلاح. قلت: كثيرا ما يقع عندنا بتونس تأتي السيول بالزيتون في تلك الأودية وحكمه هكذا، وكذا ما اختلط على أيدي اللصوص من الزرع والزيتون على هذا المنوال، وكذا ما وقع في الرواية في السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون فإنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبه، وهذا كله يجري على أصل واحد. انتهى. وانظر/ مسائل اللقطة فيه.

341

ص: وفي قَفِيزٍ أَخَذُ أَحَدُهُمَا ثَلَاثِيهِ الخ ش: قال في المدونة: ولا يجوز في قسم تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل لرداءة حظه، ولا التساوي في المقدار على أن يؤدي أخذ الجيد ثمنًا/ لصاحبه ولا يجوز بيع حنطة ودراهم بمثلها، ولو اقتسما ثلاثين قفيزًا قمحا وثلاثين درهما على أن أخذ أحدهما الدراهم

342

الحديث

⁴³⁰ * - في المطبوع شهادة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340.

⁴³¹ - في المطبوع الانذار إذا جمعتهم وما بين المعقوفين من ما يابى 21 وسيد 55 والشيخ 263.

⁴³² - في المطبوع والعصر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى 165 والشيخ 263 لكن فيه تقديم وتأخير "الزرع والزيتون".

نص خليل

أَوْ فِيهِ فَسَادٌ كَيَاقُوتَةٍ أَوْ كَجَفِيرٍ أَوْ فِي أَصْلِهِ بِالْخَرَصِ كَبَقْلٍ إِلَّا التَّمَرُ أَوْ الْعِنَبُ إِذَا اخْتَلَفَتْ حَاجَةُ أَهْلِهِ
وَأَنَّ بِكَثْرَةِ أَكْلِ وَقَلِّ وَحَلِّ بَيْعُهُ وَاتِّحَادٍ مِنْ بُسْرِ أَوْ رُطْبٍ لَا تَمَرٍ وَقُسِمَ بِالْقَرَعَةِ بِالتَّحْرِي كَالْبَلَحِ الْكَبِيرِ
وَسَقَى ذُو الْأَصْلِ كِبَائِعِهِ الْمُسْتَنْثِي ثَمَرَتُهُ حَتَّى يُسَلَّمَ أَوْ فِيهِ تَرَاجُعٌ إِلَّا أَنْ يَقْلَ أَوْ لَبَنٍ فِي ضُرُوعٍ إِلَّا
لِفَضْلِ بَيْنٍ أَوْ قَسَمُوا بِلَا مَخْرَجٍ مُطْلَقًا وَصَحَّتْ إِنْ سَكِتَ عَنْهُ وَلَشْرِيكِهِ الْإِنْتِفَاعُ.

متن الخطاب

وعشرة أقفزة وأخذ الآخر عشرين قفيزا، فإن كان القمح مختلفا سمراء ومحمولة أو نقيًا ومغلوثا لم
يجز، وإن تساوى القمح في النقاء والجودة والجنس، أو كان من صبرة يتفق أعلاها وأسفلها فذلك
جائز بخلاف المتبايعين؛ لأن [هذا⁴³³] لم يأت أحدهما بطعام والآخر بطعام ودرهم فيكون فاسدا ولو
قسما مائة قفيز قمحا ومائة شعيرا فأخذ [هذا⁴³⁴] ستين قمحا وأربعين شعيرا وأخذ الآخر ستين
شعيرا وأربعين قمحا فذلك جائز. قال الشيخ أبو الحسن: جعل القسمة هنا تمييزا فذلك أجازها يدل
عليه قوله: "لأن أحدهما لم يأت بطعام" الخ ولو جعلها بيعا لمنع كما قال في السلم فيما إذا أخرج
أحدهما مد قمح ومد شعير والآخر مثله أنه لا يجوز.

343

ص: أو فيه فساد كياقوتة أو كجفير ش: كذا في كثير من النسخ أو كجفير/ بالجيم والفاء وبعدها
ياء ثم راء وفي بعضها كخفين تثنية خف، فعلى النسخة الأولى يكون المعنى ظاهرا وهو أن ما يفسد
بالقسمة لا يجوز قسمه لا [بالقرعة⁴³⁵] ولا بالمرأضة وذلك للؤلؤة والفص والخاتم وجفير السيف،
وأما على النسخة الثانية فلا يخلو الكلام عن إشكال؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون المنفي قسمة القرعة
فيفهم منه أن قسمة المرأضة جائزة في الياقوتة والخفين جميعا وليس كذلك؛ لأن قسم اللؤلؤة والفص
والخاتم والياقوتة لا يجوز بالمرأضة ولا بالقرعة، وإما أن يكون المنفي القسمة مطلقا فيفهم منه أن
الخفين لا ينقسمان بالمرأضة وليس كذلك، بل يجوز قسم الخفين والنعلين والمصراعين والباب والثوب
الملفق من قطعتين والرحا بالمرأضة. قاله في المدونة. وقال أبو الحسن في قسم الرحا: بأن يأخذ هذا
حجرا وهذا حجرا: قلت: ومثله الكتاب من سفرين أو أسفار. والله أعلم. ومثله السواران والقرطان
كما قاله ابن رشد في رسم استاذن من سماع عيسى من كتاب الصرف فيما إذا ظهر العيب بأحد
المزدوجين فإنه كظهوره فيهما جميعا، وقال ابن راشد في اللباب في باب القسمة: وماله أخ لا يقسم
إلا بالتراضي. انتهى. وقال الرجراجي: وما له زوج لا يستغني [أحدهما⁴³⁶] عن صاحبه كالخفين
والبابين والغرارتين فلا يقسم بين الشريكين إلا بالتراضي. انتهى. والله أعلم.

ص: أو فيه تراجع إلا أن يقل ش: يعني أنه لا يجوز قسم القرعة إذا كان فيها تراجع إلا أن يكون ذلك
قليلا. قال في الرسالة: "وقسم القرعة لا يكون إلا في صنف واحد، ولا يؤدي أحد الشريكين ثمنا، وإن كان
في ذلك تراجع لم يجز القسم إلا بتراض". انتهى. وقال في المدونة: ولا يجوز أن يجعلوا دنانير حية

الحديث

433 - في المطبوع هنا وما بين المعقوفين من يحيى 156 والشيخ 264 وما يابى 21 وم 122 وسيد 56.

434 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 342 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 21.

435 - في المطبوع بالقسمة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 21.

436 - في المطبوع أحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 22.

نص خليل وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَسْمٍ مَجْرَى الْمَاءِ وَقَسِمَ بِالْقَلْدِ كَسْتَرَةٍ بَيْنَهُمَا وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ عَاصِبَيْنِ إِلَّا بِرِضَاهُمُ إِلَّا مَعَ كَرْوَجَةٍ فَيُجْمَعُونَ أَوَّلًا كَذِي سَهْمٍ وَوَرْتَةٍ وَكَتَبَ الشُّرَكَاءُ ثُمَّ رَمَى أَوْ كَتَبَ الْمَقْسُومَ وَأَعْطَى كُلًّا لِكُلِّ.

متن الخطاب وما [قيمه⁴³⁷] مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ويقرعوا، وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز. قال الشيخ أبو الحسن: تقدم ما للخلي، ويشير إلى ما قدمه عنه في أول كتاب القسمة، ونصه: وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل أن يكون قيمة [إحدهما⁴³⁸] مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقتربا على [أن⁴³⁹] من صارت له التي قيمتها مائة أعطى [صاحبه⁴⁴⁰] خمسة دنانير؛ لأن هذا مما لا بد منه، ولا يتفق في الغالب أن يكون قيمة الدارين سواء. الشيخ: انظر هذا الذي قاله اللخمي مع ما في الرسالة وما تقدم لعياض، [إلا⁴⁴¹] أن يقال معنى ما قال أبو محمد تراجع كثير. انتهى. وما قدمه عن عياض هو ما ذكره في أول كتاب القسمة لما تكلم على قسمة القرعة فقال: ولا يجوز تعديل السهام بزيادة دراهم أو دنانير أو غير ذلك من غير جنس المقسوم من إحدى الجهتين. انتهى. وقال ابن عرفة بعد أن نقل كلام اللخمي: قلت: ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين. انتهى. وجزم المصنف في التوضيح بما قاله اللخمي. ونصه: فرعان: الأول: اختلف في قسم العلو والسفل بالقرعة. الثاني: يجوز في القرعة أن يكون بينهما الشيء اليسير كما لو كانت قيمة [إحدهما⁴⁴²] مائة والأخرى تسعين إلى آخر كلام اللخمي. والله أعلم.

344 ص: ولا يجبر على قسم مجرى الماء ش: قال في كتاب القسمة من المدونة: فإن ورثوا/ قرية على أجزاء مختلفة ولها ماء ومجرى ماء ورثوا أرضها وماءها وشربها وشجرها قسمت الأرض بينهم على قدر مواريتهم منها، ولا يقسم مجرى الماء، ويكون لهم من الماء على قدر مواريتهم منه. انتهى. أبو الحسن: أطلق المجرى هنا على الماء الجاري، ولم يرد موضعه الذي يجري فيه، ومثله في كتاب الغرر: لا يجوز أن يشتري مسيل ميزاب أي الماء الذي يسيل منه. انتهى. ثم قال في آخر كتاب القسمة من المدونة: ولا يقسم أصل العيون والآبار، ولكن يقسم شربها بالقلد. انتهى. ونقله

345 عياض بلفظ: ولم تقسم/ الآبار، ولم أسمع واحدا يقول إن العيون والآبار تقسم، ولا أرى أن يقسم إلا على الشرب. انتهى. ثم قال: ظاهر المذهب أنه أراد قسم الواحد منها فإن [غير⁴⁴³] الواحد منها إذا اعتدل في القسم قسم، وهو قول سحنون وتأويله على الكتاب، وهو قول ابن نافع وابن حبيب،

الحديث

437 - في المطبوع وم 122 قيمة وما بين المعقوفين من يحيى 156 والشيخ 264 وسيد 56.

438 - في المطبوع أحنتهما وما بين المعقوفين من ن عود ص 343 وم 122.

439 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 22.

440 - في المطبوع صاحبها وما بين المعقوفين من ن عود ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 22.

441 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 22.

442 - في المطبوع أحدهما والشيخ 264 ويحيى 166 وما بين المعقوفين من ن عود ص 343.

443 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 345 وما يابى 22.

نص خليل وَمُنِعَ اشْتِرَاءُ الْخَارِجِ وَلَزِمَ وَنُظِرَ فِي دَعْوَى جَوْرِ أَوْ غَلَطٍ وَحَلَفَ الْمُنْكَرُ.

متن الخطاب وحمل ابن لبابة منع القسم فيها على العموم، واستدل [بمخالفة⁴⁴⁴] [جوابه في الآبار والعيون [لجوابه⁴⁴⁵] في المواجه، وقوله: أما على قول مالك فيقسم، وأما أنا فلا أرى ذلك للضرر، إلا أن يصير لكل واحد منهما ما جل ينتفع به. ثم قال⁴⁴⁶] في الآبار والعيون: لا أرى أن يقسم إلا على الشرب. ولم يقل فيهما [بما⁴⁴⁷] قال في الما جل، ولم يفرق بين قليلها وكثيرها. قال عياض: ولا حجة [بينه⁴⁴⁸] في هذا لأنه إنما تكلم على [ما جل⁴⁴⁹] واحد وهو يمكن إذا قسم وكان كثيرا أن يصير منه ما جل، ولا يمكن أن يصير العين عيونا ولا البئر آبارا، فظاهر كلامه أنه إنما أراد العين الواحدة والبئر الواحدة، وأنه لا يمنع قسم الكثير كما قال سحنون ومن معه. انتهى. ويشهد لقول سحنون ومن معه قوله في أوائل القسمة: فإن ورث قوم أراضي وعيونا كثيرة، فإن أراد أحدهم قسم كل عين وأرض وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك، فإن استوت الأرض في الكرم [وتقاربت أماكنها واستوت العيون في سقيها الأرض جمعت في القسم، وإن اختلفت الأرض في الكرم⁴⁵⁰] والعيون في [الغزر⁴⁵¹] قسمت كل أرض وعيونها على حدة. انتهى.

ص: ومنع اشتراء الخارج ش: قال الشارح: يعني أنه لا يجوز لأجنبي أن يشتري ما يخرج لأحدهم بالسهم، وهو مراده بالخارج، وهكذا قال في المدونة، وزاد: لأنه لا [شركة⁴⁵²] له في ذلك وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع. انتهى. وظاهر كلامه رحمه الله يوهم أنه يجوز للشريك اشتراء الخارج، وكذلك لفظ المدونة وليس كذلك، وإنما أراد التفرقة بين جواز القسمة في تمييز حظ كل واحد وعدم جواز البيع. قال أبو الحسن في شرح كلام المدونة: هذا جواب سؤال مقدر كأنه قيل لم أجزت ما أخرج السهم بالقسم لأحد الشريكين ولم تجزه لأجنبي وكلاهما مبيع؛ لأن كل واحد من المتقاسمين باع بعض نصيبه ببعض نصيب الآخر، وذلك مثل قسمة المجهول؛ إذ لا يدري أيهما يصير له وما قدره كالأجنبي؟ فقال: وإن كانت القسمة عند مالك بيعا فإن القسمة تفارق البيع في بعض الحالات، وقوله: "إذ لا شركة له" إنما ذكر هذا التفريق بين الشريك والأجنبي، وكذلك لا يجوز للشريك شراء ما يخرج بالسهم لشريكه. انتهى. والله أعلم.

الحديث

444 * - في المطبوع بمخالفته وما بين المعقوفين من الشيخ 265 ويحيى 156 وما يابى 22 وسيد 56 وم 122.

445 * - في المطبوع بجوابه وما بين المعقوفين من يحيى 156.

446 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 345 ويحيى 166 والشيخ 265 وما يابى 22.

447 - في المطبوع بل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 وم والشيخ 265 (ويحيى 166 وما يابى 22 فيها بما قال).

448 * - في المطبوع لبينته وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 166 وما يابى 22 وسيد 56 وم 122.

449 - في المطبوع مؤجل وما بين المعقوفين من ن عود ص 345 ويحيى 166 والشيخ 265 وما يابى 22.

450 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 والشيخ 265 ويحيى 166 وما يابى 22.

451 - في المطبوع الغرر وما بين المعقوفين من التهذيب ج 4 ص 179.

452 - في المطبوع شرك وم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 ويحيى 166 وما يابى 22.

نص خليل فَإِنْ تَفَاحَشَ أَوْ ثَبَّتَا تُقْضَتْ كَالْمُرَاضَةِ إِنْ أَدْخَلَ مُقَوِّمًا.

متن الخطاب ص: فَإِنْ تَفَاحَشَ أَوْ [ثَبَّتَا⁴⁵³] نقضت ش: أي ثبت الجور والغلط قال أبو الحسن الصغير في أول كتاب القسمة: قال الباجي في وثائقه: إنما يرجع بالغبن في القرب. انتهى. وقال في معين الحكام: قال بعض الأندلسيين: [وإنما⁴⁵⁴] يقام بالغبن فيما قرب، وأما ما بعد أمره وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن. انتهى. وقال ابن سهل عن أبي إبراهيم: وحد ذلك العام، ويفيته أيضا البناء والغرس. انتهى. وقال في معين الحكام أيضا: وإذا ثبت الغبن في القسمة انتقضت ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوات، فإن فاتت الأملاك بما ذكرنا رجعا في ذلك إلى القيمة يقتسمونها، وإن فات بعضه وبقي سائرته على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات. انتهى.

ص: كالمراضاة إن أدخل مقوما ش: نحو هذه العبارة نقلها أبو الحسن عن أبي عمران، ونصها: قال ابن حبيب: وإذا ادعى أحدهما الغلط بعد القسم، فإن قسموا بالتراضي بلا سهم وهم جائزوا الأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك وإن كان الغلط ببينة أو بغير ذلك من أمر ظاهر لأنه كبيع التساوم يلزم فيه التغابن، وإن [قسموا⁴⁵⁵] بالسهم على تعديل القسم فلا يقبل قوله: "إلا ببينة أو [بتفاحش⁴⁵⁶] الغلط فترد فيه القسمة كبيع المراجعة. قال أبو عمران: إنما يصح قول ابن حبيب على وجه وهو إذا تولوا القسمة بأنفسهم، وأما إن أدخلوا بينهم من يقوم لهم ثم ظهر فيها الغبن فسخت القسمة بينهم لأننا وإن سمينا تراضيا فلم يدخلوا فيه إلا على التساوي. انتهى. وظاهرها أن الشركاء إذا لم يدخلوا مقوما وإنما قوموا لأنفسهم أنه لا يقام/ في ذلك بالغبن، والظاهر أن ذلك ليس بمراد، وإنما المراد أن قسمة المراضاة إذا كانت بتعديل وتقويم [فإنه⁴⁵⁷] يقام فيها بالغبن. قال للخمى: دعوى الغلط بعد القسم على أربعة أوجه:

أحدها أن [يعدلا⁴⁵⁸] ذلك بالقيمة ثم يقتعرا أو يأخذ ذلك بغير قرعة ثم يدعي أحدهما غلطا فهذا ينظر إليه أهل المعرفة؛ فإن كان سواء أو قريبا من سواء وإلا نقض القسم وكان القول قول من ادعى الوهم والغلط، والثاني أن يقولوا هذه الدار تكافى هذه وهذا العبد يكافى هذا من غير ذكر القيمة، ثم يقتعرا أو يأخذان ذلك بغير قرعة، والجواب فيه كالأول؛ لأن مفهوم ذلك التعديل والمساواة في القيم، وكذلك إذا قالوا هذه الدار تكافى هذا المتاع أو هذه العبيد، ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين بالتراضي بغير قرعة، ثم تبين أن [القيمة مختلفة،⁴⁵⁹] والثالث أن يقول أحدهما خذ هذه الدار وهذا العبد [وأخذ أنا هذه الدار وهذا العبد⁴⁶⁰] من غير تقويم ولا ذكر مكافأة فإن كانت القسمة بالتراضي مضت المغالبة على [من⁴⁶¹] كانت في نصيبه إلا على قول من لم يمضها

الحديث

453 - في المطبوع ثبت وما بين المعقوفين من يحيى 157 وما يابى 23 وم 120 وسيد 56.
 454 - في المطبوع وأما ما وما بين المعقوفين من ن عود ص 345 ويحيى 167 والشيخ 265 وما يابى 23.
 455 - في المطبوع قسم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 وم 122 ويحيى 157 وما يابى 23 والشيخ 265 وسيد 56.
 456 - * في المطبوع والشيخ 265 يتفاحش وما بين المعقوفين من يحيى 157 وما يابى 23 وسيد 56.
 457 - * في المطبوع فإنما وما بين المعقوفين من سيد 56 ويحيى 157 وما يابى 23 والشيخ 266.
 458 - في المطبوع يعدل وما بين المعقوفين من ما يابى 23 وسيد 56 والشيخ 266.
 459 - في المطبوع غير وما بين المعقوفين من ن عود ص 346 وم 121 ويحيى 167 والشيخ 266 وما يابى 23.
 460 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 346 وم 121 ويحيى 167 والشيخ 266 وما يابى 23.
 461 - * في المطبوع ما وما بين المعقوفين من ن عود ص 346.

متن الخطاب في البيع، وإن كانت القسمة بالقرعة وهما عالمان بتغابنهما كانت فاسدة تفسخ بالجبر وإن لم يدع واحد منهما إليه؛ لأن القرعة على ذلك غرر، وإن كانا يظنان أنها متساوية كانت جائزة والقيام في ذلك كالعيب، والرابع أن يختلفا في الصفة التي وقع القسم عليها مثل أن يقتسما عشرة أثواب فكان بيد أحدهما ستة وقال هي نصيبي على هذا اقتسما وقال الآخر الواحد منها لي [وإنما⁴⁶²] سلمته غلطا فاختلف فيه على ثلاثة [أقوال. قال⁴⁶³] ابن القاسم: القول قول الحائز له مع يمينه إذا أتى بما يشبه لأن الآخر أقر بالقسم وادعى ما في يد صاحبه، وقال أشهب: القول قول الحائز مع يمينه [إذا أقر الآخر أنه سلمه إليه غلطا، وإن قال سلمته على وجه الإيداع كان القول قوله مع يمينه،⁴⁶⁴] وقال محمد بن عبدوس: يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده. ثم ذكر كلاما لابن حبيب في هذا القسم الرابع.

قال الرجراجي: إذا ادعى أحدهم الغلط في القسمة فذلك على وجهين أحدهما أن يلوا القسمة بأنفسهم، والثاني أن يقدموا من يقسم بينهم، [فإن تولوا⁴⁶⁵] القسم بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط فذلك على أربعة أوجه، وذكر هذه الأوجه الأربعة التي ذكرها اللخمي. ثم قال: وأما إذا قدموا من يقسم بينهم فادعى أحدهم أن القاسم جار أو غلط فقال ابن القاسم في المدونة لا يلتفت القاسم إلى قولهم وليتم قسمته، فإذا فرغ منها نظر السلطان فيها فإن وجدها على التعديل مضى ما قسم ولا يرد فإن رضي جميعهم برده ونقضه ليستأنفا القرعة أو التراضي بقسمته مرة أخرى لم يجز لأنهم ينتقلون من معلوم إلى مجهول وهو ما يخرج لهم في المستقبل، ولو تراضوا بنقضه بشرط أن يأخذ كل واحد شيئا معلوما معينا جاز، وإن وجد السلطان غيبا فاحشا نقضه قولاً واحداً، وإن كان غير فاحش فقال ابن القاسم في المدونة إنه يرد، وقال أشهب لا يرد. انتهى.

وقال في التنبيهات: القسمة على أربعة أضرب: قسمة حكم وإجبار وهي قسمة القرعة، وقسمة مراضة وتقويم، وقسمة مراضة على [غير⁴⁶⁶] تعديل، وحكم هذه حكم البيوع في كل وجه، ولا يرجع فيها بغبن على القول أنه لا يرجع [به⁴⁶⁷] في البيوع، ويرجع بالغبن في [الوجهين الأولين،⁴⁶⁸] ويعفى عن اليسير في ذلك في قسمة المراضاة، واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير فذهب ابن أبي زيد، وبعضهم إلى أنه معفو عنه، وأبى ذلك آخرون وقالوا تنقض القسمة لأنه خطأ في الحكم يجب فسحه، ولا يفرق فيه بين القليل والكثير. انتهى. ونحوه لابن ناجي كما نقله ابن عرفة. والله أعلم.

⁴⁶² - في المطبوع وأنا وم 121 وما بين المعقوفين من ن عود ص 346 ويحيى 167 والشيخ 266 ومايaby 23.

⁴⁶³ - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من ن عود ص 346.

⁴⁶⁴ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 346 ويحيى 167 والشيخ 266 ومايaby 24.

⁴⁶⁵ - في المطبوع أن يلوا وما بين المعقوفين من ن عود ص 346 ومايaby 24 والشيخ 266.

⁴⁶⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 346 وم 121 ويحيى 167 والشيخ 266 ومايaby 24.

⁴⁶⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 346 وم 121 ويحيى 167 والشيخ 266 ومايaby 24.

⁴⁶⁸ - * في المطبوع الوجهين في الأولين وما بين المعقوفين من م 123 ومايaby 24 وسيد 56 ويحيى 157 والشيخ 266.

وَأَجْبِرَ لَهَا كُلُّهُ إِنْ انْتَفَعَ كُلُّهُ وَلِلْبَيْعِ إِنْ نُقِصَتْ حِصَّةُ شَرِيكِهِ مُفْرَدَةً لَا كَرَبْعٍ غَلَّةٍ أَوْ اشْتَرَى بَعْضًا.

ص: وأجبر لها كل إن انتفع كل ش: فلا يقسم الفرن والرحى والمعصرة، فلو خربت أرضه حتى صارت براحا لابناء فيها فهل تقسم؟ انظر البرزلي في أوائل القسمة فإنه حكى في ذلك خلافا، وتقدم بعض كلامه في باب الشركة، وسئلت عن له سهمان وخمسة أسهم في أرض متعددة بعضها مشتمل/ على نخل وهي كلها بوادي نخلة وسقيتها ثلاث وجبات وثلاث فطلب من شركائه القسمة بأن يقوموا الأرض ويعطوه من ذلك قطعة بقدر ما يخصه، فإن فضل له شيء أخذه، وإن فضل عليه شيء سلمه وقال له شركاؤه ما نعطيك إلا قدر حصتك من كل أرض ونخل؟ فأجبت بجمع الأراضي التي فيها النخل على حدة إذا كانت متقاربة بحيث يكون [بينها]⁴⁶⁹ كالليل ونحوه وكانت متساوية في النفاق والرغبة فيها، وكذلك تجمع الأراضي التي لا نخل فيها إذا كانت متقاربة كذلك وكانت متساوية في النفاق والرغبة، ويقسم كل صنف على حدته إذا كان يحصل لأقل الشركاء حصة [شيء]⁴⁷⁰ ينتفع به، فإن لم يحصل له شيء ينتفع به لم يجبر على القسم، فإن دعا أحد الشركاء إلى البيع جبر له بقية الشركاء إذا كانت حصته تنقص إذا بيعت مفردة، وليس لشركائه أن يقولوا له نعطيك من كل قطعة [من الأراضي]⁴⁷¹ بقدر حصتك إذا كان لا ينتفع بذلك، [بل]⁴⁷² إما تراضوا على أن يقوموا الأراضي ويعطوه قطعة منها إما بقدر حقه أو بأقل أو بأكثر وإلا بيع عليهم. والله أعلم.

ص: وللبيع إن نقصت حصة شريكه مفردة لا كربع غلة أو اشتري بعضا ش: يعني وأجبر الشركاء لبيع الشيء المشترك من عقار وحيوان وعروض إذا لم يمكن قسمه وكانت حصة أحدهم إذا بيعت مفردة نقص ثمنها. قال ابن عرفة: [وفيها]⁴⁷³ إذا دعا [أحدهما]⁴⁷⁴ لقسم ثوب بينهما لم يقسم، وقيل لهما تقاوماه بينهما أو يبيعه فإن استقر على ثمن فلن أبى البيع أخذه، وإلا بيع. وفيها أيضا: وإن لم ينقسم ما بينهم من ربع أو حيوان أو عرض وشركتهم بميراث أو غيره فمن دعا إلى بيعه جبر عليه من أباه، ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه. انتهى. وانظر كلام ابن غازي فإنه جامع حسن.

وقال في آخر كتاب البيوع من النوادر: قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون وأصبع في الشيء لا ينقسم بين الرجلين فيريد أحدهما المقاومة فيه قال: لا يلزم صاحبه المقاومة فيه، وعليه أن يبيع معه، وإن رضيا بالمقاواة تقاويهما بينهما بالمزايدة وبما أحبا بلا قيمة، ولا يقوم بقيمته ثم يتزايدان عليها، وإذا أمر بالبيع معه فإذا بلغ فمن شاء أخذه [منهما]⁴⁷⁵ بذلك ومن شاء تركه، ولو باع أحدهما نصيبه

469 - في المطبوع بينهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 347 وسيد 56 وم 123 ومايaby 24 والشيخ 267.

470 - في المطبوع وم 123 بشيء وما بين المعقوفين من سيد 56 ويحيى 158 ومايaby 24 والشيخ 267.

471 - في المطبوع وم 123 في الأرض وما بين المعقوفين من سيد 56 ومايaby 24 والشيخ 267.

472 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 347 ويحيى 168 والشيخ 267 ومايaby 24.

473 - ساقطة من المطبوع وم 121 وما بين المعقوفين من ن عود ص 347 ويحيى 168 والشيخ 267 ومايaby 24.

474 - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عود ص 347.

475 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن عود ص 347 وم 121 ويحيى 168 والشيخ 267 ومايaby 25.

نص خليل وَإِنْ وَجَدَ عَيْبًا بِالْأَكْثَرِ فَلَهُ رَدُّهَا.

متن الخطاب وحده مضى ذلك، ولم يكن له أخذه بالثمن، [ويعمل مع من صار⁴⁷⁶] له إن شاء كما كان يعمل مع الشريك الأول؛ يريد إن لم يقدّم بالشفعة فيما فيه شفعة ولم يكن بائعا معه. انتهى. وقد تقدم في كلام ابن رشد أن أحد الشريكين أحق بالشيء المشترك بالثمن الذي يأخذه [به⁴⁷⁷] الغير بلا خلاف قبل البيع، فإن وقع البيع مضى [ولم⁴⁷⁸] يكن أحق به إلا فيما فيه الشفعة، وكذلك الكراء، وانظر المدونة في كتاب القسمة [وابن عرفة في كتاب القسمة⁴⁷⁹] أيضا.

فرع: قال في النوادر في الجزء الثاني من كتاب الأقضية في القضاء على الغائب: وكتب شجرة إلى سحنون في عبد بين رجلين غاب أحدهما وقام شريكه يطلب بيع نصيبه قال: إن قربت غيبته استؤني حتى يحضر فيقاويه أو يجتمعا على البيع، وإن بعدت غيبته [فبيع⁴⁸⁰] للحاضر العبد، وتوقف حصة الغائب من الثمن. انتهى. ونقله أيضا ابن بطال في المقنع في باب القضاء على الغائب، وذكر البرزلي في مسائل القسمة عن المازري أن القاضي يبيع ما لم ينقسم من العقار إذا كان الشريك غائبا ويوقف ثمنه له.

فرع: إذا طلب أحد الشركاء إخلاء الدار قبل القسمة أو قبل البيع، وقال الآخر تقسم وأنا فيها أو ينادى عليها وأنا فيها. انظر ذلك في مسائل القسمة من البرزلي، وانظرها في مسائل الدعوى والحيازات من ابن سهل والتوضيح [وابن غازي وبهرام في الكبير⁴⁸¹] في هذا المحل، وتقدم الكلام على ذلك في باب الشركة. والله أعلم.

ص: وإن وجد عيبا بالأكثر فله ردها ش: يريد ونصيب صاحبه السالم لم يفت يدل عليه قوله: "فإن فات"، وقوله: "بالأكثر" يريد وكذلك وجه الصفقة ولو لم يكن الأكثر. قال ابن الحاجب: فلو ظهر عيب في وجه نصيبه ولم يفت الباقي/ فله رد الجميع. انتهى. [قال⁴⁸²] ابن عبد السلام: وكما له الرد باطلاعه على العيب في وجه ما أخذ فكذلك يكون له الرد باطلاعه على العيب في أكثره. انتهى. وفي المدونة ما نصه باختصار ابن عرفة: وفيها إن وجد أحد الشريكين بعد القسم في حظه عيبا فإن كان المعيب وجهه أو [أكثره⁴⁸³] رد الجميع وأبدأ القسم، فإن فات ما بيد صاحبه رد قيمته يوم قبضه يقتسمانها مع المردود، وإن كان الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه، وإن لم يفت فإن كان المعيب سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا ثم يقتسمان المعيب كان قسم

348

الحديث

476 - في المطبوع وم121 بالثمن ليعمل مع من دار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 ومايبي25.

477 - ساقطة من المطبوع وم123 ويحيى158 وقد وردت في سيد56 وفي مايبي25 والشيخ267 يأخذ به الغير.

478 - في المطبوع وإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 والشيخ267 ومايبي25.

479 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 والشيخ267 ومايبي25.

480 - في المطبوع فليبيع وما بين المعقوفين من يحيى168 والشيخ267.

481 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 ويحيى168 والشيخ267 ومايبي25.

482 - في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من م123 وسيد56 ويحيى158 ومايبي25 والشيخ267.

483 - في المطبوع أكثر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى168 والشيخ268 ومايبي25.

نص خليل

فَإِنْ فَاتَ مَا يَبْدِي صَاحِبِهِ بِكَهْدَمٍ رَدُّ نِصْفِ قِيَمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ وَمَا سَلِمَ بَيْنَهُمَا وَمَا يَبْدِيهِ رَدُّ نِصْفِ قِيَمَتِهِ وَمَا سَلِمَ بَيْنَهُمَا وَإِلَّا رَجَعَ بِنِصْفِ الْمَعِيبِ مِمَّا يَبْدِيهِ ثَمَنًا وَالْمَعِيبُ بَيْنَهُمَا.

متن الخطاب

قرعة أو تراض. انتهى. وقول المؤلف: "فله ردها" وابن الحاجب: فله رد الجميع الظاهر أن اللام فيه للإباحة، وانظر ما يقابل قولهما: "فله رد الجميع" هل وله [رد⁴⁸⁴] المعيب ويرجع بنصف ما يخصه ثمنا كما في عيب الأقل أم لا، أو له التمسك بما حصل له فقط من غير رد، وهو الذي يظهر من لفظ المدونة؟ فتأمل. والله أعلم.

ص: فإن فات ما بيد صاحبه بكهدم رد نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما ش: لا يدخل في قوله: كهدم البيع وإن كان قد ذكره أبو سعيد في تهذيبه؛ لأن القاضي عياضا تعقبه، ونقله عنه في التوضيح، وكذلك حوالة الأسواق. قال في المدونة: وليس حوالة الأسواق في الدور فوتا. انتهى. وقال ابن عرفة: ولو اقتسما قمحا فظهر عيب بحظ أحدهما بعد طحنه ففي رد قيمته أو مثله، ثالثها يكون شريكا بقيمة الطحن في الدقيق وما بقي وحصة الآخر بينهما لها ولا بن عبدوس عن أشهب [وسحنون. الشيخ في المجموعة: قيل لو اقتسما خشبا فعمل أحدهما حظه بابا؟ قال: قال مالك: ليس النسيج فوتا في التفليس، وقال⁴⁸⁵] سحنون ليس الطحن بفوت فكذا في الخشب. انتهى. والله أعلم. وقوله: "يوم قبضه" قال ابن عبد السلام: إن كان معناه أن يوم القبض هو يوم البيع فصحيح، وإلا فانظر هل يقال القيمة في البيع الصحيح يوم البيع وهذا بيع صحيح، أو يقال لما انتقضت القسمة انتقض البيع فلا يضمن إلا يوم القبض؟ انتهى. قال ابن عرفة: هذا هو الصحيح، وعليه حمله الأشياخ، ونحوه قول الغير في النكاح الثاني إذا وهبت المرأة صداقها ثم طلقها قبل البناء أنه يرجع [عليها⁴⁸⁶] بقيمة ذلك يوم [قبضته،⁴⁸⁷] ولا بن القاسم يوم وهبته لأنها لا تضمن هلاكه بأمر من الله وهنا يضمنه بذلك من هو في يده. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: ابن حبيب: إن فات بعضه رد قيمة ما فات، وإن فات نصف المعيب رد نصفه. فرع: فإن فات النصيبان معا فإنه يرجع على من أخذ السالم بنصف ما زادت قيمته على قيمة المعيب. قاله ابن عبد السلام. وهو ظاهر.

ص: وما بيده رد نصف قيمته ش: قال ابن عبد السلام: يوم القبض على ما تقدم. انتهى. فإن فات بعضه فقد تقدم فرق هذا عن ابن عرفة. والله أعلم.

ص: وما رد بينهما ش: كذا في بعض النسخ، ويعني به ما رد بسبب العيب الذي اطلع عليه، وفي بعض النسخ وما سلم بينهما، ويعني به أيضا المعيب الذي اطلع عليه، وعبر عنه بقوله: "وما سلم" أي ما سلم من الفوات في مقابلة نصيب صاحبه الذي فات فتأمل. والله أعلم.

ص: وإلا رجع بنصف المعيب مما في يده ثمنا والمعيب بينهما ش: يشير إلى قوله في المدونة: وإن

الحديث

484 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى 168 والشيخ 268 وما يابى 25.

485 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى 168 والشيخ 268 وما يابى 25.

486 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 348 وم 124 وسيد 56 ويحيى 158 وما يابى 25 والشيخ 268.

487 - في المطبوع قبضه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 348 وم 124 وسيد 56 ويحيى 158 وما يابى 25 والشيخ 268.

نص خليل وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفٌ أَوْ ثُلُثٌ خَيْرٌ لَّا رُبْعٌ وَفُسِّخَتْ فِي الْأَكْثَرِ.

كان المعيب الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه، وإن لم يفت إذا لم ينقض القسم، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا ثم يقتسمان هذا المعيب. انتهى. فقوله: "بنصف المعيب" فيه حذف مضافين، والتقدير بنصف قيمة مثل المعيب، وقوله: "مما في يده" [أي⁴⁸⁸] من السالم الذي في يد شريكه كما قال في المدونة، وهذا أبين من قول المصنف [في التوضيح⁴⁸⁹] فيه حذف مضافين أي بمثل قيمة نصف المعيب من الصحيح. والله أعلم. تنبيهه: هذا ظاهر إذا كان المعيب متميزا عن السالم، وأما إذا كان المعيب يعم جميع ما أخذه أحدهما لكنه ينقص ثمنه يسيرا فلا يتأتى شيء منه على من أخذ السالم، لكن يرجع بنصف قيمة ما زاده السالم على المعيب. قاله ابن عبد السلام. ولم يتعرض المؤلف/ في هذا الشق لتفريق الفوات من غيره، أما فوات [نصيب⁴⁹⁰] السالم نصيبه من [العيب⁴⁹¹] فهو مساو لعدم فواته كما قاله في المدونة، ونقله عنه غير واحد، وأما فوات نصيب المعيب نصيبه فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان العيب يعم جميع النصيب لكنه ينقص من ثمنه يسيرا، وهو -والله أعلم- المشار إليه بقوله في المدونة: ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسمة ثم وجد عيبا فذلك فوت، ويرجع بنصف قيمة [المعيب⁴⁹²] ثمنا على ما فسرنا. انتهى. والله أعلم.

متن الخطاب

349

ص: وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفُسِّخَتْ في الأكثر ش: ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون المستحق شائعا من جميع المقسوم أو من حصة أحدهم أو معينا وليس كذلك، وإنما هذا الحكم فيما إذا استحق معين أو شائع من حصة أحدهم فيفصل فيه على ما ذكر، وفيه ما نبه عليه ابن غازي وغيره، وأما إذا استحق جزء شائع من جميع المقسوم فلا كلام لأحد الشريكين على صاحبه؛ لأنه استحق من نصيب أحدهما مثل ما استحق من نصيب الآخر وهذا ظاهر، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: وإن استحق بعض معين. واعلم أن مسألة وجود العيب والاستحقاق ببعض الأنصاء بعد القسمة. قال عياض في التنبيهات: جاءت فيها ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة ومقالات مطلقة، واضطرب بسببها تأويل الشيوخ ومذاهبهم في تحقيق مذهبه في ذلك. انتهى. وقد لخص في اللباب من ذلك كلاما، ونصه: وإذا وقع الاستحقاق في شائع [لم⁴⁹³] ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار من حقه ولا يتبع المثل [عن⁴⁹⁴] المعدم، وإن استحق نصيب أحدهم بعينه فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كأن الميت لم يترك غيره، وإن استحق بعضه فثلاثة لابن القاسم

الحديث

488 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 الشيخ سيدبا 268 ومايأبي 26.

489 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 والشيخ 268 ومايأبي 26.

490 - في المطبوع وم وسيد ويحيى ومايأبي والشيخ 269 النصيب وما بين المعقوفين من ن عدود وذو ص 349.

491 - في المطبوع والشيخ 269 المعيب وما بين المعقوفين من سيد 57 وم 124 ومايأبي 26 ويحيى 159.

492 - في م 124 وسيد 57 ومايأبي 26 والشيخ 269 العيب وما بين المعقوفين من يحيى 159.

493 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويحيى 169 والشيخ 269 ومايأبي 26.

494 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ذي ص 349 وسيد 57 وم 124 ويحيى 159 ومايأبي 26 والشيخ 269.

نص خليل

كَطَرُوْ غَرِيْمٍ اَوْ مُوصًى لَهٗ بَعْدَدٍ عَلًى وَرَثَةٍ اَوْ عَلًى وَاَرِثٍ وَمُوصًى لَهٗ بِالثَّلْثِ وَالْمَقْسُوْمُ كَدَارٍ وَاِنْ كَانَ عَيْنًا اَوْ مِثْلِيًّا رَجَعَ عَلًى كُلٍّ وَمَنْ اَعْسَرَ فَعَلَيْهِ اِنْ لَّمْ يَعْلَمُوْا وَاِنْ دَفَعَ جَمِيْعُ الْوَرَثَةِ مَضَتْ كَبَيْعِهِمْ بِلَا غَبْنٍ وَاسْتَوْفَى مِمَّا وَجَدَ ثُمَّ تَرَاَجَعُوْا وَمَنْ اَعْسَرَ فَعَلَيْهِ اِنْ لَّمْ يَعْلَمُوْا.

متن الخطاب

قال مرة ينتقض القسم كله إن كان المستحق كثيرا، وإن كان يسيرا رجع بقيمته، وقال مرة يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك كان المستحق كثيرا أو قليلا، وقال مرة ينتقض في الكثير ويرجع في اليسير شريكا.

تنبيه: مسائل العيب والاستحقاق وقعت فيها ألفاظ مختلفة في المدونة وأجوبة مختلفة اضطربت فيها مسائل الشيوخ في تحقيق مذهبه، وقد نبه عليها القاضي عياض في تنبيهاته. قال بعض الشيوخ: والذي يظهر من مذهبه [أن مذهبه⁴⁹⁵] المعلوم في البيع أن الثلث فأزيد كثير يرد منه البيع، وأن القسمة تستوي مع البيع في اليسير الذي لا يردان منه وهو الربع فما دونه وفي الجمل الذي يرد فيه البيع [وتفسخ⁴⁹⁶] [مع⁴⁹⁷] القسمة ويفترقان في النصف والثلث ونحوهما فيرد البيع بذلك، ولا تفسخ القسمة باستحقاق النصف أو الثلث ويكون بذلك شريكا فيما بيد صاحبه، وكذلك العيب. ابن يونس: وهذا تحصيل حسن، وليس في مسائل الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها فيستحق نصف نصيب أحدهما، فإنه قال: يرجع بقيمة ذلك فيما بيد صاحبه، ولو قال يرجع فيما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل، ولم يكن في [الكتاب⁴⁹⁸] تناقض. انتهى كلام الباب بلفظه.

350

ص: كطرو غريم أو موصى له بعدد على ورثة/ أو وارث وموصى له بالثلث والمقسوم كدار وإن كان عينا أو مثليا رجع على كل ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا وإن دفع جميع الورثة مضت كبيعهم بلا غبن واستوفى مما وجد ثم تراجعوا ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا ش: ذكر رحمه الله أربع مسائل: الأولى أن يطرأ غريم على الورثة بعد أن اقتسموا التركة. الثانية أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة بعد القسمة أيضا. الثالثة أن يطرأ غريم على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة. الرابعة أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة أيضا، وذكر أن الحكم في الصور الأربع نقض القسمة لأنه شبهها بمسألة استحقاق الأكثر حيث قال: "وفسخت في الأكثر كطرو غريم الخ" إلا [أنه⁴⁹⁹] شرط في نقض القسمة أن يكون المقسوم دارا أو ما يشبه الدار يريد المقومات كالعبيد والثياب ونحوها، واحترز بذلك مما لو كان المقسوم عينا أو مثليا فإن القسمة لا تنقض كما صرح به في قوله: "وإن كان عينا أو مثليا رجع على كل من الورثة بحصته"، ويشترط في

الحديث

495 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ماياي 26 والشيخ 269.

496 - في المطبوع وم 124 ويفسخ وما بين المعقوفين من سيد 57 ويحيى 159 وماياي 26 والشيخ 269.

497 - في نسخة الشيخ 269 (فيه).

498 - في المطبوع الكلام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويحيى 269 وماياي 26 وفي الشيخ 269 الكتب.

499 - في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ذي ص 350 وسيد 57 وم 124 ويحيى 159 وماياي 27 والشيخ 270.

نقض القسمة إذا كان المقسوم كدار أن لا يدفع الورثة يريد أو أحدهم جميع الدين فإن دفعوا الدين من أموالهم أو دفع بعضهم لم تنتقض [القسمة،⁵⁰⁰] وكذلك إذا دفعوا العدد الموصى به لم تنتقض القسمة وهذا الشرط يفهم من قول المصنف: "وإن دفع جميع الورثة مضت"، وأما قول المؤلف في مسألة ما إذا كان المقسوم عينا أو مثليا أن من أعسر فعليه إن لم يعلموا فمشكل؛ لأنه يقتضي أن الورثة إذا اقتسموا التركة وكانت عينا أو مثليا ثم طرأ عليهم غريم فوجد بعضهم موسرا وبعضهم معسرا فإنه إنما يرجع على الموسر بحصته، ويتبع المعسر بحصته إذا لم يكونوا عالمين بالدين وليس كذلك، وإنما يكون هذا فيما إذا طرأ غريم على غرماء أو وارث على ورثة أو موصى له على موصى لهم، وأما إذا طرأ الغريم على الورثة فإنه يرجع على/المليء منهم بجميع الدين حتى يستوفي جميع ما أخذه الوارث ثم يتبع الوارث بقية الورثة، سواء علموا بالدين أو لم يعلموا، ومثله في الإشكال قوله بعد ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا.

قال في كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك دورا ورقيقا وصاحب الدين غائب فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة أو لم يعلموا بالدين فاقتسموا ميراثه، ثم علموا بالدين فالقسمة ترد حتى [يوفي⁵⁰¹] الدين [إن⁵⁰²] كان ما اقتسموا قائما، فإن أتلّف بعضهم حظه وبقي في يد بعضهم حظه فلب الدين أخذ دينه مما بيده، فإن كان دينه أقل مما بيده أخذ قدر دينه وضم ما بقي بيد هذا الوارث بعد الدين إلى ما أتلّف بقية الورثة [فكان⁵⁰³] هو التركة، وما بقي بيد الغارم كان له، ويتبع جميع الورثة بتمام موروثه من مال الميت بعد الدين إن بقي له شيء، ويضمن كل وارث ما أكل وما استهلك مما أخذ وما باع فعليه ثمنه إن لم يحاب.

قال مالك: وما فات بأيديهم من حيوان أو هلك بأمر من الله من عرض وغيره فلا ضمان على من هلك ذلك بيده، وضمانه من جميعهم. قال ابن القاسم: لأن القسمة كانت بينهم باطلة للدين الذي على الميت. ثم قال: وإن قسم القاضي بينهم ثم طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاض وهم رجال. ثم قال بعد هذا: وإذا طرأ على الورثة وارث أو موصى له بالثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض فإنما يتبع كل واحد بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يكون لهذا الوارث الذي طرأ على ورثة الميت أن يتبع المليء بما على المعدم، وليس كغريم طرأ على وارث ولكن كغريم طرأ على غرماء، ولو قسموا مال الميت أجمع وأعدم بعضهم فلا يتبع المليء إلا بما عنده من حصته بالحصاص وإن كانت التركة دورا وليس فيها عين فاقتسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو قسموا كل دار على حدة، ولو قدم موصى له بدنانير أو دراهم والثلث يحملها كان كلحقوق دين [أدوه⁵⁰⁴] أو نقض القسم، ولا يجبر الورثة على أدائه من مالهم

500 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى 169 والشيخ 270 ومايaby 27.

501 - في المطبوع يستوفي وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 57 ويحيى 160 ومايaby 27 والشيخ 270.

502 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ذي ص 351 وم 125 وسيد 57 ويحيى 160 ومايaby 27 والشيخ 270.

503 - في المطبوع فإن كان وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 57 ويحيى 160 ومايaby 27 والشيخ 270.

504 - في المطبوع أدون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 والشيخ 270.

متن الخطاب ومال الميت قائم. ثم قال: ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية والدين وأبى أحدهم، وقال انقضوا القسم وبيعوا لذلك واقتسموا ما بقي فذلك له، ثم قال ولو دعوا إلى نقض القسم إلا واحدا، قال أنا أؤدي جميع الدين أو الوصية عينا كانت أو طعاما ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم لرغبته في حظه وقد قسموا ربعا وحيوانا فذلك له. انتهى. وعلم أن التفريق بين كون المقسوم عينا أو مثليا وكونه كدار إنما ذكره ابن الحاجب فيما إذا طرأ وارث على مثله، ولكنه يفهم من كلام غيره، وصرح به في اللباب قال: وإذا طرأ دين على القسمة يغترق التركة أخذ ذلك من يد الورثة وإن كان لا يغترقها وكلهم حاضر موسر غير ولد أخذ من كل واحد ما ينوبه، وإن كان بعضهم غائبا أو معسرا أو ملدا أخذ دينه من الحاضر الموسر غير الملد ويتبع هو أصحابه، وإن كانت التركة عقارا أو رقيقا فسخت حتى يوفى الدين علموا به أو لم يعلموا. قاله في المدونة.

وقال أشهب وسحنون لا يفسخ ويفض الدين على ما بأيديهم [بالحصص،⁵⁰⁵] وإذا طرأ غريم آخر رجع على الغرماء، ولا يرجع على الموسر بما على المعدم ولا يرجع على الورثة إذا لم يعلموا بدين الطارئ ولا كان موصوفا بالدين ولو فضل بأيديهم شيء رجع عليهم به ويرجع بما بقي على الغرماء، وإذا طرأ وارث والتركة عين فيرجع على كل واحد بما ينوبه، فإذا كان [فيهم معسر أخذ من⁵⁰⁶] الموسر ما نابه فقط قاله ابن القاسم، وقيل بل يقاسم الموسر فيما صار إليه ويتبعان المعسر معا، ولو ترك دارا فاقتهما ثم طرأ وارث خير في نقض القسم أو يشارك كل واحد فيما صار إليه. اهـ. ومسألة بيع الورثة تقدمت في التفليس في شرح قول المصنف في باب التفليس: "واستؤني به إن عرف بالدين في الموت فقط"، وتقدم الكلام عليها، وقال هنا في/ كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك دارا بيع منها بقدر الدين ثم اقتسم الورثة باقيةا إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم فتبقى لهم الدار يقتسمونها. قال أبو الحسن: إذ لا حجة للطالب إلا في دينه كما لو أداه أجنبي لم يكن له مقال، وظاهره وإن كانت أموال الورثة غير طيبة. الشيخ: أما إن كانت أموالهم غير طيبة فله مقال إذا كان مال الميت أطيب منها. انظر بقية كلامه.

تنبيه: قال ابن غازي: اشتمل كلامه -يعني المصنف- على ثمانية أنواع من الأحد عشر نوعا التي في المقدمات، وكأنه أسقط الثلاثة لرجوعها للثمانية كما أشار إليه في المقدمات. انتهى. قلت: والثلاثة الباقية هي: طرو الغريم على الغرماء والورثة، فإن كان فيما أخذه الورثة كفاف دين الغرماء رجع عليهم كما تقدم في طرو الغريم على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف دينه رجع على الغرماء بقيمة دينه كالعمل في رجوع الغريم على الغرماء، والثانية طرو الموصى له بجزء على الموصي له بجزء وعلى الورثة، والحكم فيها إن كان [في⁵⁰⁷] ما أخذه الورثة زائدا على [الثلاثين⁵⁰⁸]

352

505 - في المطبوع في الحصص وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 57 ويحيى 160.

506 - في المطبوع كان معسرا أخذ فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 وم ويحيى 170 والشيخ 270 وما يابى 28.

507 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 وم ويحيى 170 والشيخ 271 وما يابى 28.

508 - في المطبوع الثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 ويحيى 170 والشيخ 271 وما يابى 28.

نص خليل

وَأِنْ طَرَأَ غَرِيمٌ أَوْ وَارِثٌ أَوْ مُوصَى لَهُ عَلَى مِثْلِهِ أَوْ مُوصَى لَهُ بِجُزْءٍ عَلَى وَارِثٍ أَتْبَعَ كُلُّ بِحِصَّتِهِ
وَأَخَّرَتْ لَا دَيْنٌ لِحَمَلٍ وَفِي الْوَصِيَّةِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب

كفاف الجزء الطارئ كان كطرو الموصى له بجزء على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف رجع بالباقي على الموصى لهم، والثالثة طرو الغريم على الورثة والموصى لهم بأقل من الثلث، والحكم فيها أن ينظر، فإن كان ما قبضه الموصى له [يخرج⁵⁰⁹] من الثلث بعد أداء الدين فلا رجوع للغريم عليه إلا في عدم الورثة، وإن كان لا يخرج من الثلث بعد ذلك فيرجع بالزائد على الثلث على من وجد من الموصى لهم مليئاً، وأما قدر الثلث فلا يرجع به على الموصى له إلا في عدم الورثة. والله أعلم.

ص: وإن طرأ غريم أو وارث أو موصى له [بعدد⁵¹⁰] على مثله أو موصى له بجزء على وارث اتبع كلا بحصته ش: هذا إذا كان المقسوم عينا، وأما إن كان داراً فإن للوارث نقض القسمة. قاله في المدونة وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: ولو طرأ وارث والمقسوم كدار فله الفسخ، وإن كان المقسوم عينا رجع عليهم، ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا به، وقال أشهب من أعسر فعلى الجميع. قال في التوضيح: قوله: "فله الفسخ" أي وله أن يكون شريكاً لكل واحد بما ينوبه. انتهى. وقد تقدم لفظ المدونة ولفظ الباب لابن راشد فتأمل. والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الشهادات: سئل المازري عن قسم موروثه من ربع أو غيره بمعاينة أو غيرها ثم أخرج ولد الميت كتاباً بخط الميت أنه صار له ربع من التركة بمبايعة وطلب القيام فهل يحلف أنه لم ير هذا الكتاب إلا الآن، وأنه لم يسقط حقه بعد عثوره؟ فأجاب: يحلف بعد القسمة أنه لم يعلم بالكتاب إلا الآن؛ لأن ظاهر القسمة تسليم الأملاك المقتسمة إلا أن يثبت [الطالب⁵¹¹] أنه من أهل العدالة والدين بحيث لا يتهم، وأما حلفه أنه لم يسقط حقه بعد عثوره على الكتاب فيلزم إلا أن يظهر من طول زمانه بعد عثوره وقرائن الأحوال ما يستتراب به حاله في إسقاط حقه فينظر في هذا. انتهى. وقال في النوادر: ومن كتاب ابن سحنون: سئل عن ادعى داراً بيد امرأة أبيه أنها لأبيه تركها [بين ورثته⁵¹²] وسماهم، ثم جاء ببينة أخرى أن أباه أشهد له في صحته بنصفها صيرها إليه في حق له قبلاً من قبل ميراثه من أمه وذلك عند خروجه إلى الحج ثم رجع فسكنها حتى مات، فقال له الحاكم قد ادعيتها أولاً ميراثاً والآن لنفسك، فقال لم أعلم بهذه البينة الأخيرة، فقال سحنون لا يقبل منه لأنه كذب بينته بدعواه الأولى. انتهى. فتأمل ذلك مع ما تقدم. والله أعلم.

ص: وأخرت لحمل لا دين وفي الوصية قولان ش: يعني أن القسمة تؤخر إذا كان في الورثة حمل، ولا تقسم التركة/ حتى يوضع الحمل [أكمل⁵¹³] وإن قال له الورثة نحن نجعل الحمل ذكراً ونعزل له ميراثه. قال ابن رشد: باتفاق، وأما قضاء الدين فلا يؤخر ويؤدى باتفاق، وفي إنفاذ الوصية

353

الحديث

509 - * في المطبوع بجزء وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 57 ومايبي 28 ويحيى 160 والشيخ 271.

510 - ساقطة من المطبوع ومايبي 28 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352.

511 - * في المطبوع المطالب وما بين المعقوفين من يحيى 160.

512 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 والشيخ 272 ويحيى 171 ومايبي 29.

513 - ساقطة من المطبوع والنسخ اليدوية وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص 353.

متن الخطاب قولان، هكذا حصل ابن رشد في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب من كتاب القسمة، وذكر فيه عن ابن أيمن أن الدين يؤخر أيضا، واعترضه وقال إنه من الغلط الذي لا يعد خلافا، ولا حجة له. قال ابن عرفة في تغليظه ابن أيمن: وقوله: "لا حجة [له فيه]"⁵¹⁴ نظر، بل هو الأظهر، وبه العمل عندنا، ودليله من وجهين: الأول: أن الدين لا يجوز قضاؤه إلا بحكم قاض، وحكمه يتوقف على ثبوت موت المديان وعدد ورثته، ولا يتصور عدد ورثته إلا بوضع الحمل، فالحكم متوقف عليه، وقضاء الدين متوقف على الحكم، والمتوقف على متوقف على أمر متوقف على ذلك الأمر. الثاني: أن حكم الحاكم [بالدين]⁵¹⁵ متوقف على الإعذار لكل الورثة والحمل من جملتهم، ولا يتقرر الإعذار في جهته إلا بوصي [أو مقدم،⁵¹⁶] وكلاهما يستحيل قبل وضعه فتأمله. انتهى من آخر كتاب الفرائض من مختصره. وذكرها هناك تبعا لابن الحاجب.

قلت: ما استدل به لابن أيمن مبني على أنه لا يكفي في الحكم [بالدين]⁵¹⁷ ثبوت عدد الورثة الموجودين والحمل، وأنه لا يكون للحمل وصي ولا ولي، وابن رشد لا يسلم ذلك، وهو الظاهر، وقد صرح في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى والصلح بأن الناظر للحمل أن يصلح الزوجة على ميراثها إذا لم يكن فيه غرر؛ كأن يترك زوجة حاملا وبنتين، ونصه: ولا خلاف عندي في أن الناظر للحمل أن يجيز الصلح عليه ويمضيه إذا رآه نظرا له ولم يكن فيه غرر ولا فساد لعلم الزوجة بنصيبها ولا في أن الناظر للحمل أن يصلح الزوجة عنه قبل أن يوضع إذا كان نصيبها معلوما. انتهى.

وذكر في رسم العتق الثاني من سماع أشهب أن الورثة إذا عزلوا للحمل ميراثه على أنه ذكر وقسموا بقية الميراث لم يكن لهم رجوع على ما عزلوه للحمل إن نقص ما بأيديهم أو هلك، وإن تلف ما وقفوه له رجع عليهم إن وجدهم أملياء، وإن أعدم بعضهم رجع على الأملياء فقسامهم فيما بأيديهم ثم رجع هو وهم على العدماء، فإن نما ما بأيديهم كان له الرجوع في ذلك؛ لأن قسمهم لا يجوز عليه، ولو نما ما وقفوه له لم يكن لهم في ذلك قول؛ لأنهم قد رضوا بما أخذوا، فالقسمة تجوز عليهم ولا تجوز عليه، ولو كان للحمل ناظر قسم عليه لجازت القسمة لهم وعليهم، وقال بعد فيمن ترك زوجة حاملا وأبوين: الواجب أن يوقف الميراث حتى تضع، فإن ترك الميت ولدا وجعلوا الحمل ذكرا وعزلوا له ميراثه واقتسموا ما بقي [كان قياسها،⁵¹⁸] والحكم فيها على ما تقدم في المسألة التي قبلها. انتهى. يعني ما تقدم، وقال في رسم الأقضية قبله: قال مالك في المبسوط: فإن جهل الورثة فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها.

⁵¹⁴ * - في المطبوع فيه له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 353.

⁵¹⁵ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 353 ويحيى 171 والشيخ 272 ومايaby 29.

⁵¹⁶ * - في المطبوع ومقدم وما بين المعقوفين من م 126 وسيد 57 ومايaby 29 ويحيى 161 والشيخ 272.

⁵¹⁷ - في المطبوع بالحمل ومايaby 29 وم (ويحيى 171 في الحمل) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 353 والشيخ 272.

⁵¹⁸ * - في المطبوع ويحيى 161 وسيد 57 وم 125 والشيخ 273 ومايaby 29 كانت مقاسمتها وما بين المعقوفين من البيان ج 14 ص 488.

نص خليل وَقَسَمَ عَنْ صَغِيرٍ أَبٌ أَوْ وَصِيٌّ وَمُلْتَقَطٌ كَقَاضٍ عَنْ غَائِبٍ لَا ذِي شُرْطَةٍ أَوْ كَنَفٌ أَحَا أَوْ أَبٌ عَنْ كَبِيرٍ وَإِنْ غَابَ وَفِيهَا قَسْمٌ نَخْلَةٍ وَزَيْتُونَةٍ إِنْ اعْتَدَلْنَا وَهَلْ هِيَ قُرْعَةٌ وَجَازَتْ لِلْقَلَّةِ أَوْ مُرَاضَاةٌ تَأْوِيلَانِ.

متن الحطاب قال ابن القاسم مفسرا لقول مالك: أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء، وأما الحمل فله أن يرجع على من كان من الورثة مليا [فيقاسمهم⁵¹⁹] ما في أيديهم ويتبع هو وهم المعدمين؛ لأنهم فعلوا ما لا يجوز لهم، ولو أعطاهم الورثة والناظر لليتيم ثمنها أو صالحوها عنه لجاز ذلك، ولم يكن للورثة [ولا للحمل⁵²⁰] رجوع عليها بما تلف من المال أو هلك أو نقص. انتهى. وقال في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر نحو ما ذكره في سماع أشهب من كتاب القسمة ما نصه: ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أن من أثبت حقا على صغير قضي له به عليه، ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك، فإذا قضي على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل لتأدية دين الميت، وهذا كله بين لا ارتياب فيه. انتهى. وقال فيه: ولو كانت الوصية إنما هي بعدد من دنانير أو دراهم لوجب أن يعجل تنفيذ الوصية وتؤخر قسمة بقية المال حتى/ يوضع الحمل قولاً واحداً؛ إذ لا اختلاف في أن الوصية بالعدد كالدين في وجوب إخراجها من التركة قبل القسمة. انتهى.

فرع: فلو خلف الميت عقارا وأراد بعض الورثة أن يبيع ما خصه منه مما هو له على كل حال كما لو أرادت الزوجة بيع الثمن ونحو ذلك فلم أر الآن فيه نصا صريحا، والظاهر أنه جار على القسمة فعلى المشهور لا يجوز، وإن وقع جاز عليها وعلى من معها من الكبار، ولا يجوز على الحمل إلا أن يجيزه الناظر على الحمل. والله أعلم. وتقدم كلام الشامل في بيع الورثة قبل قضاء الدين في باب التفليس وكلام المدونة وأبي الحسن، وانظر البرزلي في مسائل القسمة.

ص: وقسم عن صغير أب أو وصيه ش: أعلم أنه إذا كان الصغير متحدا وشريكه كبير أو [أجنبي⁵²¹] فإنه يجوز قسم الوصي من غير مطالعة حاكم بلا خلاف، وأما إذا تعدد الصغار وكان الشريك كبيرا فإن كان حظ الصغار مشتركا جاز القسم أيضا بلا خلاف، وإن كان حظ كل واحد متميزا فاختلف فيه على قولين؛ بالجواز والكراهة، وأما إذا كان القسم إنما هو بين الصغار فقط ففي ذلك ثلاثة أقوال: مذهب المدونة عدم الجواز، وقيل بالكراهة، وقيل بالجواز. والله أعلم. وأما إن كان القسم بين الأب وبنيه أو بين الوصي ومحاجيره فقال ابن ناجي في شرح قول المدونة: ويقاسم عن الصغير أبوه أو وصيه. أبو إبراهيم الأعرج: أي مع الأجانب، وأما مع الأب أو الوصي فليرفع إلى القاضي. انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع القرينان قوله لامرأة وصية على ولدها: خذي ثمن المتروك، واقسمي ما بقي بأمر العدول لا السلطان. ابن رشد: ظاهره جواز قسمها لنفسها على أولادها بأمر العدول دون السلطان، والمشهور المعلوم أنه لا يجوز إلا بأمر السلطان، فإذا فعلت نقض قسمها إلا أن يجيزه السلطان، وقيل يجوز إن علم

الحديث

⁵¹⁹ * - في المطبوع فليقاسمهم وما بين المعقوفين من الشيخ 273 وسيد 57 وما يابى 30 والبيان ج 14 ص 458.

⁵²⁰ * - في المطبوع وللحمل وما بين المعقوفين من م 126 والشيخ 273 ويحيى 161 وسيد 57 وما يابى 30 والبيان ج 14 ص 458.

⁵²¹ - في المطبوع أجنبيا ويحيى 171 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 354 وم والشيخ 273 وما يابى 30.

باب القراضُ توكيلٌ على تجرٍ في نقدٍ. نص خليل

متن الخطاب

السداد والنظر فيه لهم، وهو قوله في هذا السماع: لأنه إنما شرط العدول ليشهدوا بالسداد. انتهى.
 والمسألة في سماع أشهب وابن نافع في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني. والله أعلم.
 فرع: قال ابن عرفة: المتيطي: قسم الوصي على يتيمه بالسهم جائز، وفي جواز قسمه عليه مراعاة
 بالتعديل قولاً ابن أبي زمنين مع ابن القطان والباقي محتجاً بمسألة الرهون وابن الهندي. / انتهى.
 ومقتضى كلامه أن القول بعدم الجواز لابن الهندي فقط، وقال قبله المتيطي: إن شركهم الوصي مع
 غيرهم ففي جواز مقاسمتهم له ومعهم الأجنبي مراعاة قول ابن أبي زمنين وغيره. والله تعالى أعلم.
 ص: باب القراض ش: قال في المقدمات: القراض مأخوذ من القرض؛ وهو ما يفعله الرجل ليجازي
 عليه من خير أو شر، فلما كان صاحب المال والعامل فيه متفقين جميعاً يقصد كل واحد منهما إلى
 منفعة صاحبه لينفعه هو اشتق له من معناه اسماً وهو القراض والمقارضة لأنه مفاعلة من اثنين. هذا
 اسمه عند أهل الحجاز، وأهل العراق لا يقولون قراضاً ألبتة ولا عندهم كتاب القراض، وإنما يقولون
 مضاربة وكتاب المضاربة، أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ ﴿وَآخَرُونَ﴾
 يضربون في الأرض ﴿وذلك أن الرجل في الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى
 الشام وغيرها فيبتاع المتاع على هذا الشرط، وفي قول الصحابة لعمر رضي الله عنه في قصة عبد الله
 وعبيد الله: "لو جعلته قراضاً" دليل على صحة هذه التسمية في اللغة؛ لأنهم هم أهل اللسان وأرباب
 البيان، وإذا كان يحتاج في اللغة بقول امرئ القيس والنابعة فالحجة بقول هؤلاء أقوى وأولى. اهـ.
 وفي الذخيرة: له اسمان القراض والمضاربة، أما لفظ القراض فقال صاحب العين: أقرضت الرجل
 إذا أعطيته ليعطيك، فالمقارض يعطي الربح كما يعطي المقرض مثل المأخوذ. قال غيره: هو من
 المقارضة وهي المساواة، ومنه تقارض الشاعران إذا تساويا في الإنشاد لأنهما يستويان في الانتفاع
 بالربح، وقيل من القرض الذي هو القطع لأنك قطعت له من مالك قطعة وهو قطع [لك جزءاً⁵²²]
 من الربح الحاصل بسعيه، وسمي مقارضاً مع أن المفاعل لا يكون إلا من المفاعلة التي لا تكون إلا
 من اثنين إما لأن كلا منهما يساوي صاحبه في الربح أو يقطع له مما تحت يده، أو لاشتراكهما في العقد
 على سبيل المجاز؛ من باب التعبير بالمتعلق عن المتعلق، أو هو من الصيغ التي لا تقتضي المشاركة
 نحو سافر وعافاه الله وطارقت النعل إذا جعلته طاقاً على طاق، وأما المضاربة فهو إما أن كليهما
 يضرب في الربح بنصيب، وإما من الضرب في الأرض الذي هو السفر. قال ابن عطية في تفسيره:
 فرق بين ضرب في الأرض وضرب الأرض أن الأول للتجارة والثاني للحج والغزو والقربات؛ كأنه
 للتجارة منغمس في الأرض ومتاعها فليل ضرب فيها، والمتقرب إلى الله تعالى بريء من الدنيا فلم
 يجعل فيها، وسمي مفاعلة على أحد التأويلات المتقدمة في المقارض، والمقارض بالكسر رب
 المال، وبالفتح العامل، والمضارب بالكسر العامل عكس الأول؛ لأنه هو الذي يضرب بالمال

الحديث

522 - في المطبوع مما تحت يده أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب وما بين المعقوفين من ن عدود
 ص355 ويحيى172 والشيخ274 ومايأبى31.

نص خليل

قال بعض اللغويين: ليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض. اهـ. وفي اصطلاح الفقهاء ما قال المؤلف: "توكيل الخ" وعدل عن أن تكون إجارة كما قال ابن الحاجب لسلامة ما قال المؤلف من بعض ما ورد عليه. قال في التوضيح: أورد على حده أنه غير مانع وغير جامع، أما عدم منعه فلأنه لا ينعقد بلفظ الإجارة، فلو قال أجرتك على هذا التجر في هذا المال بجزء من ربحه صدق عليه الحد وليس بقراض، وأيضاً فلو [أجره⁵²³] على التجر إلى أجل أو قارضه بعروض لم يكن قراضاً صحيحاً، وأما عدم جمعه فلأنه يجوز القراض على أن يكون الربح لغيرهما أو لأحدهما، وأجيب عن عدم منعه بأن حقيقة القراض ما ذكره، وكونه لا ينعقد بلفظ الإجارة شرط في الصيغة، وكذا كونه لا

متن الخطاب

يكون إلى أجل شرط في العمل، وكذا كونه لا يكون بعرض شرط في المال والشرط / لا يتوقف تصور الماهية عليه، وأجيب عن عدم جمعه بأن الصورة [المعتز⁵²⁴] بها إنما هي من باب التبرعات، وإطلاق القراض عليها مجاز. انتهى. وقال ابن عرفة: القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة فيدخل بعض الفاسد كالقراض بالدين والوديعة، ويخرج عنه قولها: قال مالك: من أعطى رجلاً ما لا [يعمل⁵²⁵] به على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لا بأس به. عياض: قال سحنون: هو ضامن كالسلف. فضل: هذا إن لم يشترط أن لا ضمان عليه. محمد: إن قال خذه قراضاً فهو ضامن.

356

الباجي: يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب مالك، وإن أريد إدخاله على أنه قراض قليل عقد على التجر بمال [بعوض⁵²⁶] ليس من غير ربحه. انتهى. ويخرج من الأخير ما إذا شرط الربح لرب المال فتأمله. والله أعلم. وحكمه قال في التوضيح: لا خلاف بين المسلمين في جوازه، وهو مستثنى من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة، [وهو كقول القاضي في التنبيهات: لا خلاف في جواز القراض، وأنه رخصة مستثناة من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة⁵²⁷] وهو معنى قول بعض شيوخنا إنه سنة أي أباحت السنة والرخصة فيه جائزة بالسنة لا بمعنى السنة التي يحض على [امتثالها،⁵²⁸] ولهذا قال ابن عبد الحكم: لا أقول هي سنة. انتهى.

قال ابن عرفة: وقول عياض: "هي مستثناة من السلف بمنفعة" يرد بأنه ليس بمضمون، وكل سلف مضمون. انتهى. وحكمة مشروعيتها قال في المقدمات: والقراض مما كان في الجاهلية فأقر في الإسلام لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه، فاضطر فيه إلى استئابة غيره، ولعله لا يجد من يعمل له فيه بإجارة لما جرت عادة [الناس في ذلك⁵²⁹] على القراض، فرخص فيه لهذه

الحديث

523 - في الشيخ 274 وسيد 58 أجره.

524 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 والشيخ 274 ويحيى 172 وما يابى 31-32.

525 - في الشيخ 274 ليعمل.

526 - في المطبوع والشيخ 275 وسيد 58 العوض وفي م 127 وما يابى 31 لعوض وما بين المعقوفين من يحيى 162.

527 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى 172 والشيخ 275 وما يابى 32.

528 - في المطبوع وم 127 والشيخ 275 وما يابى 32 وسيد 58 أمثالها وما بين المعقوفين من يحيى 162.

529 - في المطبوع فيه في ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى 172 وما يابى 32.

الضرورة واستخرج بسبب هذه العلة من الإجارة المجهولة على نحو ما رخص فيه في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه. انتهى.

فائدة: قال في المقدمات: أول قراض كان في الإسلام قراض يعقوب مولى الحرقة مع عثمان رضي الله عنه، وذلك أن عمر رضي الله عنه بعث من يقيم من السوق من ليس بفقيه، فأقيم يعقوب فيمن أقيم فجاء إلى عثمان فأخبره، فأعطاه [مزود تبر⁵³⁰] قراضا على النصف، وقال إن جاءك من يعرض لك فقل له المال لعثمان فقال ذلك فلم يقم فجاء بمزودين مزود رأس المال ومزود ربح، ويقال إن أول قراض كان في الإسلام قراض عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال: [بل⁵³¹] ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح فقالا: وددنا فعل، وكتب إلى عمر رضي الله عنه أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فربحا، فلما دفعا ذلك إلى أمير المؤمنين قال: أكل الجيش أسلفه مثل الذي أسلفكما؟ قالوا: لا. فقال عمر: ابنا عمر أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المال أو نقص لضمانه فقال عمر: أدياه فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا. فقال عمر: قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف الربح¹. انتهى.

قال في الذخيرة: ويقال إن الرجل عبد الرحمن بن عوف، ثم قال: سؤال: أبو موسى حاكم عدل وقد تصرف بوجه المصلحة؛ لأن المال يصير مضمونا في الذمة فهو أولى من بعثه على وجه الأمانة مضافا إلى [إكرام⁵³²] من ينبغي إكرامه، فهو تصرف جامع للمصالح فيتعين تنفيذه، وعدم الاعتراض عليه جوابه أن عدم التعرض إنما هو بين النظراء من الأمراء، أما الخليفة فله / النظر في أمر نوابه وإن كان سدادا، أو نقول كان في هذا التصرف تهمة تتعلق بعمر بسبب أنه إكرام لابنيه فأراد إبطالها والذب عن عرض الإمامة بحسب الإمكان. انتهى. وقوله: "قد تصرف فيه بوجه المصلحة لأن المال يصير مضمونا في الذمة" فيه نظر؛ لأنه لو كان الدفع لهذا القصد أو له ولغيره كان هذا هو السفاتج، والمشهور من مذهب مالك أنه غير جائز، ولهذا قال الباجي في شرح هذا الأثر من الموطأ: لم يرد رضي الله عنه إحراز المال في ذمتها، وإنما أراد منفعتيها بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعة [السلف⁵³³] ثم قال: وسواء كان السلف صاحب المال أو غيره [ممن⁵³⁴] له النظر عليه من إمام أو قاض أو وصي أو أب فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئا من مال المسلمين ليحرزه في ذمة

357

1- الموطأ بتتوير الحوالك، كتاب القراض، رقم الحديث 1396، باب ما جاء في القراض.

530 - في المطبوع مزودتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى 172 والشيخ 275 ومايaby 32.

531 - الذي في الموطأ ثم قال بلى.

532 - في المطبوع الحرام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 وم ويحيى 173 والشيخ 275 ومايaby 32.

533 - في المطبوع التسلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 والشيخ 275 ويحيى 173 ومايaby 32.

534 - في المطبوع ضمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى 173 والشيخ 275 ومايaby 32.

متن الخطاب المتسلف، وكذلك القاضي والوصي. ثم قال: وفعل أبي موسى هذا يحتمل وجهين: أحدهما أن يكون فعل هذا لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله، وجاز له ذلك وإن لم يكن الإمام فوض له لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه بإسلافهما إياه، فلو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى، والوجه الثاني أن يكون لأبي موسى النظر في المال بالثمنير والإصلاح، وإذا أسلفه كان لعمر الذي هو الإمام تعقب فعله، فتعقبه ورده إلى القراض. انتهى.

نكتة: قال في المنتقى أيضا: وقول عمر: "أكل الجيش أسلفه" الخ تعقب منه لفعل أبي موسى، ونظر في تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحذور منه؛ لأنه لا يخفى على عمر أنه لم يسلف كل أحد من الجيش، وإنما أراد أن يبين لابنيه موضع المحابة لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورع عنه أن يخص [أحد⁵³⁵] من أهل بيته أو ممن ينتمي إليه بمنفعة من مال المسلمين لمكانه منه، وقوله: "أديا المال وربحه" نقض منه لفعل أبي موسى وتغيير لسلفه. قال ابن دينار: وإنما كره تفضيل أبي موسى لولديه [ولم⁵³⁶] يكن يلزمهما [ذلك⁵³⁷] وهذا على قولنا إن أبا موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتهما، وأن المال كان بيده على وجه الوديعة، وأما إذا قلنا إنه بيده على وجه الثمنير والإصلاح فإن لعمر تعقبه والتكلم فيه، والنظر في ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب، وقوله لولديه بعد [احتجاج عبيد الله: أديا⁵³⁸] المال وربحه إعراض عن حجة عبيد الله لأن الموضع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره، ومع ذلك فإن ربحتها لرب المال. انتهى باختصار.

تنبيه: قال في الذخيرة: سؤال كيف يمكن جعله قراضا بعد ما كان قرضا، وإلزام ذلك في القرض خلاف الإجماع وأكل المال بالباطل؛ لأن الربح ملك للمقترض إجماعا فأخذه غصب؟ جوابه: قال الطرطوشي في سراج الملوك: جعل عمر رضي الله عنه [انتفاعه⁵³⁹] [بجاه⁵⁴⁰] العمل للمسلمين له نصف الربح؛ كأن المسلمين ساعدوهما في ذلك وهو مستنده في تشطير عماله في أموالهم فهو كالقراض. انتهى. وإيراد السؤال على هذا الوجه إذا توهم لا يخلو من نظر؛ لأنه قد قرر أن لعمر رضي الله عنه نقض فعل أبي موسى فله أخذه جميع الربح، وينبغي أن يقال كيف يمكن أن يكون قراضا وهما إنما دخلا على أنه قرض؟ وغاية ما هناك أنه كان لعمر رد فعل أبي موسى وإمضاؤه فإما

535 - في يحيى 163 والشيخ 276 أحدا.

536 - في المطبوع وم 127 ولو لم يبين المعقوفين من ن عدود ص 357 والشيخ 276 وما يابى 33 ويحيى 163.

537 - ساقطة من المطبوع وم 167 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى 173 والشيخ 276 وما يابى 33.

538 - في المطبوع اجتماع عبيد الله وعبد الله أديا وما بين المعقوفين من يحيى 163 وم 127 والشيخ 276 وما يابى 33 وسيد 58.

539 - في المطبوع ويحيى 173 وما يابى 33 انتفاعهم وكذلك في الذخيرة ج 5 ص 165 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 357 والشيخ 276 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ ومطبوعة الذخيرة والصواب (انتفاعهما).

540 - في يحيى 163 تجارة وفي هامشه تجاه نسخة.

نص خليل مَضْرُوبٌ مُسَلَّمٌ بِجُزْءٍ مِّن رَّبْحِهِ إِن عُلِمَ قَدْرُهُمَا.

متن الخطاب أن يرد الجميع أو يمضي الأمر على ما هو عليه فالجواب عنه ما قال الباجي، ونصه: والقراض الذي أشار إليه الرجل من جلساء عمر أحد نوعي الشركة يكون فيها المال من أحد الشريكين والعمل من الثاني، والنوع الثاني من الشركة أن يتساويا في المال والعمل. انتهى. والله موفق.

ص: مَضْرُوبٌ ش: ظاهره أن المضروب يجوز القراض به كان التعامل به أو [بالتبر؛⁵⁴¹] كما لو فرض أن السكة المضروبة لا يتعامل بها في بلد أصلا كما في غالب بلاد السودان على ما قيل، وقد نقل الشيخ زروق في شرح الرسالة عن التنبيهات أنه لا يجوز القراض / به حينئذ، ولعله فهمه من كلامه، فإني لم أر من صرح به لا في التنبيهات ولا في غيرها؛ لأن القاضي قال: ولا خلاف أنه جائز بالدنانير والدرهم، غير جائز بالعروض ما كانت، واختلفوا في الشروط التي بها يصح، فعندنا أن شروطه عشرة نقد رأس المال للعامل، وكونه معلوما، وكونه غير مضمون على العامل، وكونه مما يتبايع به أهل [بلدهما]⁵⁴² من العين مسكوكا كان أو غير مسكوك ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه وكونه مشاعا لا مقدرًا بعدد ولا تقدير، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين [عن من سواه]⁵⁴³ إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة ومؤنة في السفر واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عليه بتحجير أو بتخصيص يضر بالعامل وأن لا يضرب له أجل. انتهى. فقله: "وكونه مما يتبايع به" الخ ربما يفهم منه ما قاله الشيخ زروق

تنبيهه: قال أبو الحسن الصغير في قوله: "ولا تقدير": ذكر بعضهم أن ابن شاس فسر به بأنه مثل ما قارض به فلان. انتهى. فتأمل. ثم قال بعد أن ذكر هذه الشروط: فإذا توفرت هذه الشروط جاز القراض، وإن اختل منها شرط فسد القراض. انتهى.

ص: مسلم ش: أي للعامل، واحترز به مما إذا شرط بقاء يده معه أو أمينا عليه، ومما لو قارضه بدين في ذمته، وقد زاد ابن الحاجب لإخراج ذلك قيذا آخر فقال: المال شرطه نقد معين معلوم مسلم. ثم قال: ولا يجوز بدين ولو أحضره. قال في التوضيح: هذا يتعلق بقوله: "معين" لأن الدين ليس بمعين، فلا يجوز لرب الدين أن يقول لمدينه اعمل بالدين الذي في ذمتك قرضا. مالك في المدونة: ولو أحضره إلا أن يقبضه منه ويعيده عليه. ابن القاسم: مخافة أن يكون آخره به ليزيده فيه. اللخمي: ولأنهما قد يظهران القراض ويبطنان أن ياتيه ربح من دينه فيكون فسخ دين في دين. اللخمي والمازري: وينزل منزلة القبض إحضاره مع الإشهاد. انتهى. وسيذكر ذلك المصنف

ص: إن عُلِمَ قدرهما ش: تصويره واضح، وسيصرح المؤلف ببعض مفهومه، ومنه ما قال ابن عرفة وشرط ابن شاس كون المال معلوما قال: احترازا من دفع صرة عينا قرضا؛ لأن جهل المال يؤدي إلى جهل الربح واضح من مقتضى الروايات. انتهى. وفي الشامل: ولا يجوز بمجهول وزن. انتهى.

⁵⁴¹ - في المطبوع في التبر وما بين المعقوفين من م 127 والشيخ 276 وما يابى 33 ويحيى 163.

⁵⁴² - في المطبوع وم 127 وسيد 58 بلد وما بين المعقوفين من الشيخ 276 وما يابى 33 وفي يحيى 163 البلد.

⁵⁴³ - في المطبوع سواء وما بين المعقوفين من م 128 وما يابى 33 ويحيى 163 وسيد 58.

نص خليل وَلَوْ مَغْشُوشًا لَا بَدَيْنَ عَلَيْهِ وَاسْتَمَرَ مَا لَمْ يُقْبَضْ أَوْ يُحْضَرَهُ وَيُشْهَدُ.

متن الحطاب ص: ولو مغشوشا ش: أشار بهذا لقول ابن الحاجب: ويجوز بالمغشوش على الأصح. انتهى. وظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب أن الأصح يجوز به مطلقا، ومقابله لا يجوز مطلقا، وكذا فهمه في التوضيح وقبله، وعزا مقابل الأصح لعبد الوهاب، وأن الباجي قيده ببلد لا يتعامل [بالمغشوش فيه. هذا معنى كلامه في التوضيح، والمنقول في المذهب في هذا الفرع أن القاضي أطلق المنع والباجي قيده، ولم يذكروا قولاً بجواز القراض⁵⁴⁴] بالمغشوش مطلقا.

قال الباجي في المنتقى: مسألة: وأما المغشوش من الذهب والفضة فحكى القاضي أبو محمد أنه لا يجوز القراض به مضروبا كان أو غير مضروب، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إن كان الغش النصف فأقل جاز، وإن كان أكثر من النصف لم يجز، واستدل القاضي بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها، أصل ذلك إذا زاد الغش على النصف، والذي عندي أنه إنما يكون ذلك إذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها، فإذا كانت سكة التعامل فإنه يجوز القراض بها لأنها قد صارت عينا وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم المغشوشة؟ ولا خلاف بين أصحابنا في تعلق الزكاة بأعيانها، ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة بأعيانها، وإن اعترض في ذلك أنه يجوز أن تقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة إذا قطع التعامل بها. انتهى. ولم ينقل ابن عرفة / غيره، ونصه: ومنعه القاضي بالعين مغشوشة. الباجي: إلا حيث يتعامل بها لتقويم المتلف بها كالطيبة والاتفاق على تعلق الزكاة بها ومقابل ابن الحاجب تجوز بالمغشوش على الأصح، [وقبوله⁵⁴⁵] ابن عبد السلام بإطلاق يرد باتفاق القاضي والباجي على منعه حيث لا يتعامل به. انتهى. وقوله: "مقابل" لعله وقول ابن الحاجب وهو الذي يظهر من معنى الكلام، ويدل عليه نقل [ابن ناجي⁵⁴⁶] كلام ابن عرفة في شرح الرسالة، ولم يذكر في الجواهر ولا في الذخيرة غير كلام القاضي والباجي. فتأمل. وقال في الجواهر إثر كلام الباجي: والضابط لهذا الحكم أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس المال؛ لأنه إذا رد بالأجرة إليه لم يتميز الربح إذ ربما ارتفعت قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح أو بعضه، أو تنقص قيمته فيصير بعض رأس المال ربحا. انتهى. والله أعلم.

ص: ما لم يقبض أو يحضره ويشهد ش: يحتمل أن يكون راجعا لقوله: "لا بدین" ويحتمل أن يرجع إلى قوله: "واستمر" وهو الظاهر من كلام ابن عبد السلام. قال في شرحه: لا يجوز أن يكون رأس المال ديناً على العامل، ثم قال: فإن وقع ذلك وأحضر الدين قبل التجربه، وأشهد على وزنه، وزال عنه ضمانه وقبضه منه كان الربح بينهما والخسارة على رب المال. انتهى. وقوله: "ما لم يقبض" نحوه في المدونة، ومقتضاه أنه بمجرد القبض يصح القراض وإن أعاده بالقرب وهو كذلك، وانظر التوضيح وأبا الحسن. والله أعلم.

359

الحديث

544 - ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في الشيخ 273 وم 128 ومايأبى 34 ويحيى 164.

545 - في المطبوع فقول وما بين المعقوفين من يحيى 164 والشيخ 277 ومايأبى 34 وم 128.

546 - في المطبوع الباجي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 359 ويحيى 174 والشيخ 277 ومايأبى 34.

نص خليل وَلَا بَرَهْنٍ أَوْ وَدِيعَةٍ وَلَوْ بَيَّده وَلَا يَتَّبِرُ لَمْ يُتَعَامَلْ بِهِ بِبَلَدِهِ كَفْلُوسٍ وَعَرَضٍ إِنْ تَوَلَّى بَيْعَهُ كَأَنْ وَكَّلَهُ عَلَى دَيْنٍ أَوْ لِيَصْرِفَ ثُمَّ يَعْمَلُ فَاجْرُ مِثْلِهِ فِي تَوَلَّيْهِ ثُمَّ قِرَاضٌ مِثْلِهِ فِي رِبْحِهِ كَلَّكَ شِرْكٌ وَلَا عَادَةً أَوْ مُبْهَمٌ.

متن الخطاب فرع: فإن عمل به قبل الإشهاد عليه قال في التوضيح: ففي الموازية الربح للعامل والخسارة عليه، وقال أشهب الربح بينهما، واختلف في التأويل عليه، فقال اللخمي وعلى قوله تكون الخسارة من صاحب المال، وقال التونسي لا يصدق وإن ادعى الخسران إلا ببينة، وحكى ابن يونس وابن رشد وغيرهما عن أشهب أنه قال هو مكروه، فإن نزل مضى، وهو ظاهر ما نقله المصنف عنه؛ لأن قوله يستمر ديننا خلافا لأشهب يقتضي أنه عنده لا يستمر ديننا بل يبقى قراضا، وحكى ابن عبد البر عن أشهب أن ما اشترى وباع فلرب المال، وللعامل أجر مثله، وحكى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم أن الربح بينهما والخسارة على رب المال على أصل القراض، وهذا مثل قول أشهب بالكراهة. انتهى. ص: ولا برهن أو وديعة ش: ظاهر كلام ابن رشد في سماع سحنون أن حكم القراض بالوديعة إذا وقع قبل قبضها حكم القراض بالدين على مذهب المدونة.

ص: ولا تبر لم يتعامل به ببلده ش: أما إذا كان يتعامل به فالاتفاق على جواز القراض به، وإن لم يتعامل به فالذي رجع إليه مالك منع القراض به، وهو المشهور. قال في التوضيح: فرع: فإن وقع على المشهور ففي الموازية عن ابن القاسم يمضي بالعمل، وقال أصبغ لا يفسخ عمل به أم لا لقوة الخلاف فيه. ابن حبيب: وإذا عمل بالنقار رد مثلها عند المفاصلة إن عرف وزنها، وإن لم يعرف فأرأس المال ما باعه به أو ما خرج في الضرب. انتهى. وقال في الشامل: فإن نزل مضى بالعمل، وقيل وقبله ورد مثله عند المفاصلة إن عرف وزنه، وإلا فما بيع به أو خرج في الضرب إلا أن يقول بعها [واشتر بها⁵⁴⁷] فليرد ثمنها أو ما صرفها به، فإن شرط صرفها أو ضربها على العامل فله أجره في ذلك إن كان له مؤنة وقراض مثله. انتهى. والفرق بين اشتراط ربحها صرفها أو بيعها وعدم اشتراطه ذلك مع علمه أن مآل أمرها لذلك أنه مع الاشتراط إنما أراد أن يكون القراض بعد نضوض المال، ومن لم يشترط جعلها قراضا من يوم دفعت. أشار إلى هذا الفرق في التوضيح عن بعض القرويين.

ص: كفلوس ش: يريد ولو كان التعامل بها كما يفهم من أول كتاب القراض من المدونة، وقال في الشامل: ولا تجوز بالفلوس على الأصح، وثالثها إن كثرت، ورابعها الكراهة، وعلى المنع فله أجره في بيعه وقراض مثله فيما نض، ويرد/ فلوسا. انتهى. وفي هذا الكلام [سقط⁵⁴⁸]، وصوابه: وقيل يمضي ويرد فلوسا. قال في التوضيح: الباجي وإذا قلنا بالمنع فقال محمد: القراض بالنقار أخف، والفلوس كالعروض، وهذا يقتضي الفساد، ويكون له في بيع الفلوس أجرة مثله، وفيما نض من ثمنها قراض مثله، وقال أصبغ هي كالنقار، وقال ابن حبيب مثله ويرد فلوسا. زاد غيره في قول ابن حبيب: إلا أن يشترط عليه أن يصرفها ثم يعمل بها فيكون الحكم كما فهمه الباجي من قول محمد. والله أعلم. ص: وعرض إن تولى بيعه ش: يعني أنه لا يجوز أن يكون رأس [مال⁵⁴⁹] القراض عرضا على أنه رأس

360

الحديث

⁵⁴⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 359 وما يابى 35 والشيخ 278.

⁵⁴⁸ - في المطبوع سقوط وما بين المعقوفين من ما يابى 35.

⁵⁴⁹ - في المطبوع المال وما بين المعقوفين من ما يابى 35 والشيخ 278.

نص خليل

أَوْ أَجَلَ أَوْ ضَمِينَ أَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَلَانَ ثُمَّ انْجَزَ فِي ثَمَنِهَا أَوْ بَدَيْنِ أَوْ مَا يَقِلُّ وَجُودُهُ كَاخْتِلَافَهُمَا فِي الرَّبْحِ وَأَدْعِيَا مَا لَا يُشْبَهُ وَفِيمَا فَسَدَ غَيْرُهُ أَجْرُهُ مِثْلُهُ فِي الذِّمَّةِ كَاشْتِرَاطِ يَدِهِ أَوْ مُرَاجَعَتِهِ أَوْ أَمِينًا عَلَيْهِ بِخِلَافِ غُلَامٍ غَيْرِ عَيْنٍ بِنَصِيبٍ لَهُ وَكَانَ يَخِيطُ أَوْ يَخْرَزُ أَوْ يُشَارِكُ أَوْ يَخْلِطُ أَوْ يُبْضِعُ أَوْ يَزْرَعُ أَوْ لَا يَشْتَرِي إِلَى بَلَدٍ كَذَا.

متن الحطاب

المال ويرد مثله عند المفاصلة لاحتمال أن [يغلو]⁵⁵⁰ غلوا يستغرق رأس المال والربح فيؤدي إلى بطلان عمل العامل، [أو]⁵⁵¹ يرخص فيأخذ العامل بعض رأس المال ولا على أن رأس المال قيمته الآن أو عند المفاصلة، وكأنه -والله أعلم- للغرر ولا على أن يبيعه ويكون ثمنه رأس المال. قال في المدونة: ويفسخ ذلك وإن بيع ما لم [يعمل]⁵⁵² بالثمن، وقيد اللخمي المنع بما إذا كان في بيعه كلفة ولذلك أجره لها خطب. قال: وإن كانت الأجرة لا خطب لها، أو كان يعلم أنه يتكلف ذلك ولو لم يعطه إياه قراضاً أو يقول كلف من يبيع ويأتيك بالثمن، ولم يلتفت المصنف لتقييد اللخمي وجعله خلافاً، وقال المازري: لو قال [خذ]⁵⁵³ هذا العرض [وامض]⁵⁵⁴ به إلى البلد الفلاني وادفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه [لنفسه، فإذا قبض ثمنه]⁵⁵⁵ فخذ منه واعمل به قراضاً بيني وبينك فإن ذلك جائز بلا خلاف، ولا يدخله القراض بالعروض؛ لأن المدفوع إليه العروض [لا]⁵⁵⁶ يتولى البيع بنفسه. انتهى من التوضيح. واعتمده المصنف لقول المازري: "بلا خلاف" فقال: إن تولى بيعه. والله أعلم.

ص: أو أجل أو ضمن ش: قال في المدونة: وما لم يشترط [فيه]⁵⁵⁷ زيادة لأحدهما من القراض الفاسد ففيه إن نزل قراض مثله كالقراض على ضمان أو إلى أجل [فإنه يرد]⁵⁵⁸ إلى قراض مثله ولا ضمان عليه. انتهى. وفي أول كتاب القراض من حاشية المشذلي: المتيطي: لو تطوع العامل بضمان المال ففي صحة القراض خلاف بين الشيوخ، فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح، وحكى إجازته عن شيخه مطرف. ابن بشير: وقال غيرهما لا يجوز، ومال إليه ابن سهل، وفي العتبية/ ما يدل على القولين انظر الوصايا من ابن سهل. انتهى كلام المشذلي.

ص: أو ما يقل ش: قال في المدونة: ثم قال: فإن اشترى غير ما أمر به فقد تعدى، فإن ربح فله فيما ربح قراض مثله، وإن خسر ضمن ولا أجر له في الوضعية ولا أعطيه إن ربح إجارته؛ إذ لعلها تغترق الربح وتزيد فيصل بتعديه إلى ما يريد. انتهى.

ص: كاشتراط يده ش: تصويره واضح.

361

الحديث

- 550 - في المطبوع يغلي وما بين المعقوفين من ن عود ص 360 وما يابى 35.
- 551 - في المطبوع والشيخ 278 وما يابى 35 و ما بين المعقوفين من ن عود ص 360 ويحيى 175.
- 552 - في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 360 وم ويحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 35.
- 553 * - في المطبوع أخذ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 35.
- 554 * - وفي المطبوع وأمضي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 35.
- 555 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 360 ويحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 35.
- 556 * - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من يحيى 165 وما يابى 36.
- 557 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 360 ويحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 35.
- 558 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عود ص 360 ويحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 35.

نص خليل

أَوْ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ إِنْ أَخْبَرَهُ فَقَرْضٌ أَوْ عَيْنٌ شَخْصًا أَوْ زَمَنًا أَوْ مَحَلًّا كَانَ أَخَذَ مَالًا لِيُخْرِجَ بِهِ لِبَلَدٍ
فَيَشْتَرِيَ وَعَلَيْهِ كَالنَّشْرِ وَالطِّيِّ الْخَفِيفَيْنِ وَالْأَجْرُ إِنْ اسْتَأْجَرَ وَجَازَ جُزْءٌ قَلٌّ أَوْ كَثْرٌ.

متن الخطاب

362

مسألة: قال في رسم حلف أن لا يبيع رجلا سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب القراض:
[سئل مالك⁵⁵⁹] عن الرجل يدفع إلى الرجل المال فيقيم في يديه أياما ويتجهز بذلك يريد سفرا
فيلقى صاحب المال فيقول له هل لك أن أخرج معك فأخرج ذهباً آخر مثل الذي أعطيتك ونشترك
جميعاً؟ قال مالك: ما أرى أمراً بيننا، وما يحضرني فيه مكروه وكأنه خففه من غير تحقيق. قال ابن
القاسم: ولا أرى بذلك بأساً إذا صح ذلك على غير موعد ولا [وأي⁵⁶⁰] ولا عادة. قال أصبغ: لا خير
فيه. قال سحنون: هو الربا بعينه.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم [مفسر⁵⁶¹] لقول مالك لأن مالكا إنما خفف ذلك على السلامة
من التواطؤ على ذلك من قبل أن يتجهز بالمال؛ إذ لو أتاه قبل أن يتجهز بالمال فقال ذلك له وفعله
معه لما جاز؛ لأنه يصير كأنه قد استأجره ليعمل معه في ماله على أن له نصيباً من ربحه، وكرهه
أصبغ فقال: "لا خير فيه" مخافة أن يكون تواطأً معه على ذلك قبل أن يتجهز بالمال، فإن وقع ذلك
مضى ولم يفسخ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وفسخ على مذهب أصبغ ما لم يفت
بالعمل فلو فات مضى وكان العامل على شرطه من الربح، وأما على مذهب سحنون الذي قال فيه إنه
الربا بعينه فيفسخ متى ما عثر عليه ويكون الربح كله لرب المال، ويكون للعامل أجرة مثله، وإنما قال
إنه هو الربا على سبيل التجوز في اللفظ في المنع منه إذ ليس ربا بعينه كما قال الله وإنما هو على
مذهبه استئجار للعامل على عمله معه بجزء من ربح المال وذلك ما لا يحل ولا يجوز [لقول⁵⁶²]
النبي صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيراً [فليعلمه⁵⁶³] أجره¹، ولقوله {من استأجر أجيراً
فليؤجره بأجر معلوم إلى أجل [معلوم⁵⁶⁴]}² [وكنهيه⁵⁶⁵] عن بيع الغرر، والإجارة بيع من البيوع
لا يجوز فيها الغرر والجهل فلما كان ذلك لا يحل كما لا يحل الربا قال فيه إنه ربا. انتهى.
ص: [أو بعد اشترائه وإن أخبره فقرض⁵⁶⁶] ش: كذا في كثير من النسخ، وفي بعض النسخ وبعد
اشترائه بالواو وهو أحسن. والله أعلم.

ص: أو عين شخصاً أو زمناً أو محلاً ش: يعني ففيه أجرة المثل، وقد صرح بذلك في المنتقى، وقال

الحديث

1 - عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يساوم الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا
تتاجشوا ولا يتابعوا بإلقاء الحجر ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره، السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الإجارة، ج 6
ص 120، دار الفكر.

2 - انظر البيان والتحصيل، ج 8 ص 44.

- 559 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 361 ويحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 36.
560 - في المطبوع والبيان والتحصيل ج 12 ص 324 رأي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 وما يابى 36 والشيخ 278.
561 - في المطبوع مفسراً وما بين المعقوفين من ن ذي ص 362 والشيخ 279 وما يابى 36 ويحيى 165.
562 - في المطبوع على قول وما بين المعقوفين من م 129 ويحيى 165 والشيخ 279 وما يابى 36.
563 - في المطبوع وم 129 والشيخ 279 ويحيى 165 فليعلمه وما بين المعقوفين من البيان، ج 12 ص 324.
564 - ساقطة من المطبوع وم 129 والشيخ 279 ويحيى 165 وما يابى 36 وقد وردت في البيان ج 12 ص 324.
565 - في المطبوع وم 129 ويحيى 165 وما يابى 36 وليقه وما بين المعقوفين من البيان ج 12 ص 324 وفي الشيخ 279
ونهى وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا والصواب (ولنهيه).
566 - في المطبوع أو بعد اشترائه إن أخبره بقرض وم والشيخ 279 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362
ويحيى 175 وما يابى 36.

نص خليل

وَرِضَاهُمَا بَعْدُ عَلَى ذَلِكَ وَزَكَاتُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَهُوَ لِلْمُشْتَرِطِ وَإِنْ لَمْ تَجِبْ وَالرَّيْبُ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا وَضَمِنَهُ فِي الرَّيْبِ لَهُ إِنْ لَمْ يَنْفِهِ وَلَمْ يُسَمِّ قَرَضًا وَشَرْطُهُ عَمَلُ غُلَامٍ رَبِّهِ أَوْ دَابَّتِهِ فِي الْكَثِيرِ وَخَلَطُهُ وَإِنْ بِمَالِهِ وَهُوَ الصَّوَابُ إِنْ خَافَ بِتَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا رَخْصًا وَشَارَكَ إِنْ زَادَ مُوَجَّلًا بِقِيَمَتِهِ وَسَفَرُهُ إِنْ لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ قَبْلَ شَغْلِهِ وَادْفَعَ لِي فَقَدْ وَجَدْتُ رَخِيصًا أَشْتَرِيهِ وَبَيْعُهُ بَعْرَضٍ وَرَدُّهُ بَعِيْبٍ وَلِلْمَالِكِ قَبُولُهُ إِنْ كَانَ الْجَمِيعَ وَالْثَمَنُ عَيْنٌ وَمُقَارَضَةٌ عَبْدُهُ وَأَجِيرُهُ وَدَفْعُ مَالَيْنِ أَوْ مُتَعَاقِبَيْنِ قَبْلَ شَغْلِ الْأَوَّلِ وَإِنْ يُمُخْتَلَفَيْنِ إِنْ اشْتَرَطَا خَلَطًا أَوْ شَغْلَهُ إِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ كَنُضُوضِ الْأَوَّلِ إِنْ سَاوَى وَاتَّفَقَ جُزْؤُهُمَا وَاشْتَرَاءُ رَبِّهِ مِنْهُ إِنْ صَحَّ وَاشْتَرَاطُهُ أَنْ لَا يَنْزِلَ وَادِيًا أَوْ يَمْشِيَ بَلِيلٍ أَوْ يَبْحُرَ أَوْ يَبْتَاعَ سِلْعَةً وَضَمِنَ إِنْ خَالَفَ.

متن الحطاب

363 ابن غازي تحرير عجيب في أن/ تعيين الزمان من قبيل ما يترجح فيه أجرة المثل، كما أن القراض إلى أجل من قبيل ما يترجح فيه قراض المثل وتصور الفرق بينهما جلي. انتهى. كأنه يشير إلى أن تعيين الزمان هو أن يشترط عليه أن يشغل جميع المدة بالبيع والشراء مثل أن يدفع له مال القراض ويبيع ويشترى فيه شهرا أو شهرين ونحو ذلك على أن يبيع ويشترى جميع الزمان، وأن القراض إلى أجل مثل أن يدفع له مال القراض إلى شهر ونحوه ولا يشترط عليه أن يبيع في جميع الزمان. والله أعلم.

ص: ورضاهما بعد على ذلك ش: هذا هو المشهور، وإن كانت الزيادة للعامل فهو أحق بها في الموت والفلس لقبضه لها، وإن كانت لرب المال فليل تبطل لعدم الحوز، وخرج اللخمي قولا بالصحة قال في التلقين: ومال المتأخرون إلى النفوذ. انتهى من التوضيح.

تنبيه: أجاز في المدونة هنا التراضي على جزء قل أو كثر، وقال في باب الآجال: وإن قارضت رجلا مالا أو أسلفته إياه فلا تقبل منه هدية. قال أبو الحسن: والفرق بينهما أن الهدية محققة وهذه متوهمة، أو أنه في كتاب الآجال لم يعمل وهنا عمل. انتهى بالمعنى.

ص: وهي للمشتروط وإن لم تجب ش: قال في التوضيح: كما لو شرط أحدهما ثلث الربح مثلا/ لأجنبي وأبى من أخذه فإنه لمشترطه. انتهى.

364

ص: والثلث عينا ش: كذا في بعض النسخ عينا بالنصب على أنه خبر لكان المحذوفة، وفي بعض النسخ والثلث عين على أنه مبتدأ وخبر./

365

ص: وضمن إن خالف ش: انظر إذا شرط عليه أن لا ينزل واديا ولا يركب بحرا أو لا يمشي بليل ففعل ذلك وسلم ثم إنه اشترى وخسر هل يضمن أم لا؟ وظاهر كلامه في المدونة أنه لا يضمن، فإنه قال: وإن نهيته عن الخروج بالمال من مصر فخرج به إلى إفريقية عينا [ورجع به عينا⁵⁶⁷] قبل أن يتجر به ثم تجر به بمصر فخر أو ضاع منه بمصر لم يضمن لأنه رده قبل أن يحركه. قال أبو

الحديث

نص خليل
كَانَ زَرْعٌ أَوْ سَاقَى بِمَوْضِعٍ جَوْرٍ لَهُ أَوْ حَرَكُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ عَيْنًا أَوْ شَارَكَ وَإِنْ عَامِلًا أَوْ بَاعَ بَدَيْنٍ أَوْ قَارَضَ
بِلَا إِذْنٍ وَغَرِمَ لِلْعَامِلِ الثَّانِي إِنْ دَخَلَ عَلَى أَكْثَرِ كَخُسْرِهِ وَإِنْ قَبْلَ عَمَلِهِ وَالرَّيْحُ لَهُمَا كَكُلِّ آخِذٍ مَالٍ
لِلتَّنْمِيَةِ فَتَعْدَى لَا إِنْ نَهَاهُ عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَهُ أَوْ جَنَى كُلُّ أَوْ أَخَذَ شَيْئًا فَكَأَجْنَبِيٍّ وَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ مِنْ
رَبِّهِ أَوْ بَنَسِيئَةٍ وَإِنْ أُذِنَ أَوْ بِأَكْثَرٍ.

متن الخطاب الحسن: ليس التحريك بشرط، فمتى رده إلى موضعه لم يضمن وإن حركه. الشيخ: وهو مصدق في الرد، وانظر هذا مع ما حكاه اللخمي في مسألة ما إذا زرع أو [ساقى الآتية⁵⁶⁸] في كلام التوضيح في القولة التي بعد هذه. والله أعلم.

ص: كأن زرع أو ساقى في موضع جور له ش: يعني أنه إذا زرع أو ساقى بموضع جور [وظلم⁵⁶⁹] له أي للعامل يعني في موضع يرى أنه يظلم فيه فإنه يضمن، واحترز بقوله: "له" مما إذا كان الموضع فيه ظلم أو جور، ولكنه كان يرى أنه هو لا يظلم لوجهة ونحو ذلك، وأشار بذلك لما قاله في توضيحه في شرح قول ابن الحاجب: وله أن يزرع ويساقى ما لم يكن [في⁵⁷⁰] موضع ظلم فيضمن، ظاهر كلام المصنف أنه بمجرد كون الموضع موضع ظلم يضمن، وفي المدونة: وإن خاطر به في موضع ظلم أو غرر يرى أنه خطر فهو ضامن فزاد المخاطرة، وقد يكون الموضع موضع ظلم ولا يعد الزارع مخاطرا لوجهته أو نحو ذلك، وكأن ابن غازي لم يقف على هذا الكلام فتحير في معناه فانظره. والله أعلم. فرع: قال في التوضيح: وإذا ضمنه بالتعدي لمخاطرته في موضع الظلم فلا فرق بين أن تكون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم. قاله اللخمي [لأنه⁵⁷¹] [متعد⁵⁷²] في أصل فعله. والله أعلم. ص: والربح لهما ككل آخذ مال للتنمية فتعدى ش: يعني أن العامل إذا تعدى في الصور المتقدمة وقلنا إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر/ فلا يختص بالربح، ويقال كما أنه يضمن الخسارة فليست بد بالربح، بل الربح لهما على ما شرطنا. قال في التوضيح: لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده، ولأننا لو قلنا الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملا له على التعدي ليستقل بالربح، [ولهذا قلنا⁵⁷³] إن كل من أخذ مالا لينمي [فتعدى⁵⁷⁴] فيه كالوكيل والمبضع معه فالغرم عليه والربح لرب المال، وأما المقارض فالربح لهما على شرطهما، وقد صرح المصنف يعني ابن

366

الحديث

⁵⁶⁸ * - في المطبوع ساقى بموضع جورا وظلم له أي للعامل يعني في الآتية وما بين المعقوفين من يحيى 165 وم 129 ومايaby 37 والشيخ 280.

⁵⁶⁹ * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب أو ظلم.

⁵⁷⁰ - ساقطة من المطبوع ويحيى 176 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 والشيخ 279.

⁵⁷¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ومايaby 37 والشيخ 280.

⁵⁷² * - في المطبوع للتعدى وما بين المعقوفين من م 129 ويحيى 166 ومايaby 37 والشيخ 280.

⁵⁷³ - في المطبوع لو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى 176 والشيخ 280 ومايaby 37.

⁵⁷⁴ * - في المطبوع وم 129 ومايaby 37 فيتعدى وما بين المعقوفين من يحيى 166 والشيخ 280.

نص خليل

وَلَا أَخْذُهُ مِنْ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ الثَّانِي يَشْغَلُهُ عَنِ الْأَوَّلِ وَلَا يَبِيعُ رَبِّهِ سِلْعَةً بَلَا إِذْنٍ وَجَبَرِ خُسْرُهُ وَمَا تَلَفَ وَإِنْ قَبْلَ عَمَلِهِ إِلَّا أَنْ يُقْبَضَ وَلَهُ الْخَلْفُ فَإِنْ تَلَفَ جَمِيعُهُ لَمْ يَلْزَمْ الْخَلْفُ وَلَزِمَتْهُ السِّلْعَةُ وَإِنْ تَعَدَّدَ الْعَامِلُ فَالرَّابِحُ كَالْعَمَلِ وَأَنْفَقَ إِنْ سَافَرَ وَلَمْ يَبَيِّنْ بِزَوْجَتِهِ وَاحْتَمَلَ الْمَالُ.

متن الخطاب

الحاجب باطراد هذا بقوله، وكذلك كل تعد فيه، وكل من أخذ مالا على الأمانة وتعدى فيه فالربح له فقط كالمودع. ابن عبد السلام: وذهب بعضهم إلى أن العامل يجب له الربح كله في مسائل الضمان بسبب المخالفة لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته وذلك موجب لكونه مالكا للربح. انتهى.

367

ص: ولا أخذه من غيره إن كان الثاني يشغله عن الأول ش: / قال في المدونة في كتاب القراض: وللعامل أن يأخذ مالا قراضا من رجل آخر إن لم يكن الأول كثيرا يشغله الثاني عنه فلا يأخذ حينئذ من غيره شيئا، فإن أخذهما وهو يحتمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني. انتهى. فإن كان الثاني يشغله عن الأول وأخذه فقال للخصمي في تبصرته في باب القراض: وللعامل أن يخلط القراض بماله إذا كان قادرا على التجر بهما، وإن كان لا يقدر على التجر بأكثر من مال القراض لم يكن ذلك له، فإن فعل وتجر في الثاني وعطل الأول لم يكن عليه في الأول سوى رأس المال على المشهور من المذهب، وعلى القول الآخر يكون عليه قدر ما حرمه من الربح، وكذلك إذا تجر في الأول ثم اشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه فيختلف هل يضمن العامل ما حط السوق لأنه حرمه ذلك؟ وإن فسد لأجل شغله عنه ضمن، وكذلك إذا أخذ قراضا بعد قراض فلا يمنع من الثاني إذا كان يقدر على التجر فيهما، فإن كان لا يقدر إلا على التجر في أحدهما منع من التجر في الثاني، فإن فعل ضمن ما كان في الأول من ضيعة أو نزول أسواق أو فساد نحو ما تقدم، وإذا اشتغل بالأول وعطل الثاني ضمن قدر ما حرمه من ربحه على أحد القولين، وإن ضاع ضمنه لأنه متعد في أخذه، وهذا إذا لم يعلمه أن في يديه قراضا لغيره، أو أعلمه ولم يعلمه أنه عاجز عن القيام بالمالين. انتهى.

ونقله ابن عرفة واقتصر عليه. ونصه: للخصمي: له خلطه بماله إن قدر على التجر بهما، وإن عجز عن التجر بالزائد عليه منع من خلطه، فإن تجر في الثاني وعطل الأول فلا شيء عليه على المشهور، وعلى القول الآخر يغرم قدر ما حرمه من الربح، [و⁵⁷⁵] إن تجر بالأول واشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه أو فسد ففي ضمانه نقصه أو كله إن فسد القولان، وأخذه قراضا بعد قراض جائز إن قدر على التجر بهما، وإلا منع من التجر بالثاني، فإن فعل ففي ضمانه لترك الأول ونزول سوقه أو فساده ما تقدم، وإن اشتغل بالأول ضمن ذلك في الثاني إن لم يعلم هذا الثاني أن بيده قراضا لغيره أو أعلمه ولم [يعلمه⁵⁷⁶] عجزه عن القيام بالمالين. انتهى. والله أعلم.

ص: وإن تعدد فالربح كالعامل ش: قال في المدونة: وإن قارضت رجلين على أن لك نصف الربح ولأحدهما الثلث وللآخر السدس لم يجز، كما لو اشترك العاملان على مثل هذا لم يجز؛ لأن أحدهما

الحديث

575 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى 176 والشيخ 280 وما يابى 38.

576 - في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى 176 والشيخ 280 وما يابى 38.

نص خليل

لِغَيْرِ أَهْلِ وَحَجٍّ وَغَزَوْ بِالْمَعْرُوفِ فِي الْمَالِ وَاسْتَحْدَمَ إِنْ تَاهَلَ لَا دَوَاءَ وَاکْتَسَى إِنْ بَعُدَ وَوُزِعَ إِنْ خَرَجَ لِحَاجَةٍ وَإِنْ بَعُدَ أَنْ أَكْثَرَى وَتَزَوَّدَ وَإِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّهِ عَالِمًا عَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ أَيْسَرَ وَإِلَّا بَيْعَ بِقَدْرِ ثَمَنِهِ وَرَبْحِهِ قَبْلَهُ وَعَتَقَ بَاقِيَهُ وَغَيْرَ عَالِمٍ فَعَلَى رَبِّهِ وَلِلْعَامِلِ رِبْحُهُ فِيهِ وَمَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَعِلْمَ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالْأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ ثَمَنِهِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ فَضْلٌ وَإِلَّا فَبِقِيَمَتِهِ إِنْ أَيْسَرَ فِيهِمَا وَإِلَّا بَيْعَ بِمَا وَجَبَ وَإِنْ أَعْتَقَ مُشْتَرَى لِلْعَتَقِ غَرَمَ ثَمَنَهُ وَرَبْحَهُ وَلِلْقَرِاضِ قِيَمَتُهُ يَوْمَئِذٍ إِلَّا رِبْحَهُ فَإِنْ أَعْسَرَ بَيْعَ مِنْهُ بِمَا لِرَبِّهِ وَإِنْ وَطِئَ أَمَةً قَوْمَ رَبِّهَا أَوْ أَبْقَى إِنْ لَمْ تَحْمِلْ فَإِنْ أَعْسَرَ اتَّبَعَهُ بِهَا وَبِحِصَّةِ الْوَلَدِ أَوْ بَاعَ لَهُ بِقَدْرِ مَالِهِ وَإِنْ أَحْبَلَ مُشْتَرَاءً لِلْوَطِئِ فَالْثَمَنُ وَاتَّبَعَ بِهِ إِنْ أَعْسَرَ وَلِكُلِّ فَسْخُهُ قَبْلَ عَمَلِهِ كَرْبِهِ وَإِنْ تَزَوَّدَ لِسَفَرٍ وَلَمْ يَظْعَنْ وَإِلَّا فَلْيُضَوِّضْهُ وَإِنْ اسْتَنْضَهُ فَالْحَاكِمُ وَإِنْ مَاتَ فَلِوَارِثِهِ الْأَمِينُ أَنْ يُكْمَلَهُ وَإِلَّا أَتَى بِأَمِينٍ كَالأَوَّلِ وَإِلَّا سَلَّمُوا هَدْرًا.

يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء. انتهى. أبو الحسن: قوله: "على أن لك" ظاهره أن الشرط من رب المال على العاملين، وأما في الصورة الثانية فهو من العامل خاصة، وظاهر الكتاب أن الحكم فيهما سواء. انتهى. ثم قال: زاد في الأمهات: وإنما يجوز من هذا إذا عملا على ما يجوز في الشركة بينهما. عياض: قال بعضهم عملهما على قدر أجزائهما من الربح جائز، ونحوه لحمديس، وفي سماع أصبغ: لا خير فيه، فإن عملا مضى، وقال بعض مشايخنا المتأخرين: الصواب جوازه. انتهى. وبعض مشايخه، المشار إليه هو ابن رشد. كذا نسبه في التوضيح له، وهو له في رسم البيوع من سماع أصبغ من القراض وهذا هو المشهور، وعليه فإذا فات قال في التوضيح: قال محمد وابن حبيب: يقسم الربح على ما سموا، ويرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بفضل عمله، وقال أحمد بن خالد بل على رب المال، وقال جماعة بل يردان إلى حكم القراض الفاسد، ثم اختلف هؤلاء فقال التونسي يكونان أجيرين، وقال فضل لهما قراض [مثلهما].⁵⁷⁷ ابن عبد السلام: وقول التونسي أظهر عندي وأجرى على قواعد المذهب. انتهى. وهو الجاري على ما قدمه الشيخ في قوله: وفيما فسد غيره أجره/ مثله. انتهى.

متن الخطاب

368

ص: لغير أهل ش: فإن سافر من بلد له بها أهل إلى بلد له بها أهل أيضا فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه، ولو أخذه من بلد ليس فيه أهله ثم خرج إلى بلد له فيها أهل فلا نفقة في ذهابه ولا في إقامته، وله النفقة في رجوعه. قاله في المدونة.

ص: لا دواء ش: قال أبو الحسن: قال الباجي: / وله أن يحتجم ويحلق رأسه ويفصد ويدخل الحمام إن احتاج إليه. انتهى. وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "وللعامل نفقته في السفر وفي إقامته بغير وطنه بالمال المعروف": هكذا في المدونة أي من غير سرف من طعامه وشرابه وركوبه ومسكنه. أشهب عن مالك: وحجامة وحمامه قالوا وليس له دواء. انتهى.

369

ص: ولكل فسخه قبل عمله ش: نحوه لابن الحاجب. قال في التوضيح: أي رده والرجوع، وإذا كان العقد غير لازم فلا يطلق عليه الفسخ إلا بطريق المجاز. انتهى.

ص: كربه وإن تزود لسفر ولم يظعن ش: يعني وأما العامل فليس له حينئذ الفسخ. قال في

الحديث

نص خليل

وَالْقَوْلُ لِلْعَامِلِ فِي تَلْفِهِ وَخُسْرِهِ وَرَدَّهُ إِلَى رَبِّهِ إِنْ قُبِضَ بِلَا بَيِّنَةٍ أَوْ قَالَ قِرَاضٌ وَرَبُّهُ بِضَاعَةٌ بِأَجْرٍ أَوْ عَكْسُهُ أَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْغَضَبُ أَوْ قَالَ أَنْفَقْتُ مِنْ غَيْرِهِ وَفِي جُزْءِ الرِّيحِ إِنْ ادَّعَى مُشْتَبِهًا وَالْمَالُ بِيَدِهِ وَوَدِيعَةً وَإِنْ لِرَبِّهِ وَلِرَبِّهِ إِنْ ادَّعَى الشُّبُهَةَ فَقَطْ أَوْ قَالَ قَرْضٌ فِي قِرَاضٍ أَوْ وَدِيعَةً أَوْ فِي جُزْءِ قَبْلِ الْعَمَلِ مُطْلَقًا وَإِنْ قَالَ وَدِيعَةً ضَمِنَهُ الْعَامِلُ إِنْ عَمِلَ وَلَمْ دَعِي الصَّحَّةُ وَمَنْ هَلَكَ وَقَبْلَهُ كَقِرَاضٍ أَخَذَ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ وَحَاصٌّ غُرْمَاءَهُ وَتَعَيَّنَ بِوَصِيَّةٍ وَقَدَّمَ صَاحِبَهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْفَرَضِ وَلَا يَتَّبِعِي لِعَامِلٍ هَبَّةً وَتَوَلِيَّةً وَوَسَعَ أَنْ يَأْتِي بِطَعَامٍ كَغَيْرِهِ إِنْ لَمْ يَقْصِدِ التَّفْضُلَ وَالْأَفْلَحَ فَلْيَتَحَلَّلْهُ فَإِنْ أَبَى فَلْيُكَافِئْهُ.

370 التوضيح: اللهم/ إلا أن يدفع لرب المال رأس ماله، وقوله: "ولم يظعن" مفهومه أنه إذا ظعن فليس له الفسخ، ولو قال له رب المال أنا أنفق عليك حتى أردك وهو كذلك. قال في المدونة: ولرب المال رد المال ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر، وليس له أن يقول بعد ظعنه أرجع وأنا أنفق عليك. انتهى.

متن الخطاب

ص: والقول للعامل في تلفه وخسره ورده ش: وهل يحلف؟ أما في دعوى الرد فيحلف اتفاقاً. قاله ابن الحاجب. وأما في/ التلف فأجراه ابن الحاجب على الخلاف في أيمان التهم.

371

تنبيهات: الأول: حكم المبيع معه حكم المقارض في دعوى الرد والتلف كما تقدم في العارية. الثاني: قولهم إنه يقبل قوله في رد المال؛ يعني إذا قبضه بغير بينة، وقد تقدم كلام القاضي عبد الوهاب في الوكالة وكلام ابن رشد في العارية، وهذا إن ادعى أنه رد جميعه أو رد بعضه وكان الباقي لا يفي برأس المال وإنما يفي بما رده، وأما لو كان الباقي يفي برأس المال لكان القول قول رب المال ما دام في [المال⁵⁷⁸] ربح. قال في المدونة في كتاب القراض: وإن قال العامل رددت إليك رأس مالك والذي بيدي ربح وقال رب المال لم تدفع إلي شيئاً صدق رب المال ما دام في المال ربح، وعلى العامل البينة. قال ابن يونس: وحكي عن القابسي أنه قال معنى ذلك إذا قال ما في يدي هذا ربح بيني وبينك لأنه أقر أن حق رب المال قائم بيده بعد، وأما إن قال رددت إليك المال وحصتك من الربح، وما في يدي حصتي من الربح لكان القول قول العامل إذا كان قبضه بغير بينة كما لو لم يكن في المال ربح فادعى أنه رده إلى صاحبه لكان القول قوله مع يمينه. انتهى. وقال اللخمي/ في تبصرته بعد [ذكر⁵⁷⁹] كلام المدونة: وينبغي أن يقبل قوله، وكذلك إذا قال هذا ربحي وكما لو قال رددت بعض رأس المال، ولا فرق بين قوله رددت بعض رأس المال أو جميعه دون الربح أو لم أربح شيئاً أو ربحت وسلمت إليك رأس المال ونصيبك من الربح، وقد قال مالك في كتاب محمد في المساقبي يقول بعد جذاذ الثمرة لصاحب الحائط قد دفعت إليك نصيبك فالقول قول العامل، وإن كان يقول هذا الذي في يدي نصيبي [فذلك كالقراض⁵⁸⁰]. انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره ما تقدم: ففي قبول دعوى

372

الحديث

578 - في المطبوع الباقي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 371 ويحيى 177 والشيخ 281 وما يابى 38.

579 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 372 ويحيى 177 والشيخ 281 وما يابى 39.

580 * - في المطبوع وكذلك القراض وما بين المعقوفين من يحيى 167.

باب إِنَّمَا تَصِحُّ مُسَاقَاةُ شَجَرٍ وَإِنْ بَعْلًا ذِي ثَمَرٍ نص خليل

متن الخطاب العامل رد المال مقرا ببقاء ربح بيده، ثالثها إن ادعى رد حظ رب المال منه للخمى ولها وللقابسي. انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه أو على بيعه أو دفعت إليك ثمنه أو وديعتك أو قراضك فالقول قوله" يريد إلا أن يقول له رددت إليك رأس المال، والذي بيدي ربح بيني وبينك وقال رب المال لم تدفع لي شيئا صدق رب المال ما دام في المال ربح، وعلى العامل البينة، وهذا نص ما في المدونة. اهـ. وقال أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة: "ومن بيده وديعة أو قراض لرجل فقال رددت إليك ذلك فهو مصدق" ظاهره كان قبل المفاصلة أو بعد المفاصلة. قال في كتاب القراض: وإذا قال رددت إليك رأس مالك وما بيدي ربح الخ فهي [تقييد⁵⁸¹] بهذا. انتهى.

الثالث: لو ادعى العامل أنه لم يعمل بالمال فهل يكون القول قوله؟ الظاهر أن القول قوله، ويحلف على ذلك، ولم أر الآن فيه نصا. والله أعلم.

ص: باب إِنَّمَا تَصِحُّ مُسَاقَاةُ شَجَرٍ ش: قال ابن عرفة: المساقاة عقد على [عمل مؤنة النبات⁵⁸²] بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل. فيدخل قولها: لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل، ومساقاة البعل. انتهى. ويبطل طرده على قول ابن القاسم بالعقد عليها بلفظ عاملتك لأنها ليست بمساقاة عند ابن القاسم. قال بعد ذلك: الصيغة. ابن رشد: لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على قول ابن القاسم. انتهى.

ص: وإن بعلا ش: قال في التوضيح: قال مالك في المدونة وغيرها: تجوز المساقاة على شجر البعل، وكذلك ما يشرب بالسيح لأنه قد يعجز عن الدواب والأجراء، قيل لمالك فزرع البعل كزرع أفريقية ومصر وهو لا يسقى؟ قال: إن احتاج من المؤنة إلى ما يحتاج إليه شجر البعل ويخاف هلاكه إن ترك جازت مساقاته، وإن كان لا مؤنة فيه إلا حفظه وحصاده ودراسته لم تجز، وتصير إجارة فاسدة، وليس زرع البعل كشجر البعل، وإنما تجوز مساقاة زرعه على الضرورة والخوف عليه. انتهى.

قلت: وقوله: "قيل فزرع البعل" الخ هو من كلامه في المدونة. قال ابن ناجي: معناه لا يشترط في شجر البعل خوف الهلاك كما يشترط في زرعه بل مجرد الحاجة. انتهى. والله أعلم.

ص: ذي ثمر ش: قال ابن غازي: أخرج به الشجر الذي لم يبلغ حد الإطعام كالودي، فإن مساقاته غير جائزة حسبما صرح به للخمى، وسيقول في المنوعات: "وشجر لم يبلغ خمس سنين وهو يبلغ [في⁵⁸³] [أثناءها⁵⁸⁴]. انتهى.

تذبيه: فإن كان في الحائط ودي لم يبلغ حد الإطعام إلا أنه قليل فهل تجوز المساقاة في الحائط

581 - في المطبوع تقييد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372 وم 130 ويحيى 177 ومايبي 39 والشيخ 282.

582 - في المطبوع على مؤنة نمو النبات ومايبي 39 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372 ويحيى 177 والشيخ 282.

583 - ساقطة من المطبوع ويحيى 177 ومايبي 39 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372 والشيخ 282.

584 - * في المطبوع أثناءها وما بين المعقوفين من الشيخ 282.

نص خليل لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ وَلَمْ يُخْلَفْ إِلَّا تَبَعًا.

متن الخطاب
373

جميعه ويكون تبعا؟ الذي يفهم من كلام الباجي في المنتقى الجواز، فيكون قول المصنف: "إلا تبعا" [راجعاً⁵⁸⁵] إلى المسائل الثلاث قبله، ونص/ الباجي عند قوله في الموطأ: "ولا يشترط على العامل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو غرس يغرسه فيأتي به من عنده" يعني أنه [لا⁵⁸⁶] يشترط على العامل غرسا يأتي به من عنده فيغرسه في أرضه أو حائطه فإن ذلك لا يجوز، ورواه ابن المواز عن مالك. قال محمد: إن كان يسيرا أجزت المساقاة وأبطلت الشرط، وإن كان له قدر لم تجز. قال مالك: ولو شرط العمل في ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط، فإن كان يسيرا لا تعظم فيه المؤنة فجائز، وإن كان كثيرا لم يجز، فإن وقع ذلك على الوجه الذي يجوز فقد روى ابن المواز عن مالك أنه أجبر له أجر مثله. قال عيسى: إن كان العمل الكثير دون الأصل يرد إلى مساقاة مثله، وإن كان الودي من العامل رد إلى إجارة مثله وله قيمة غرسه مقلوعا. انتهى. وقوله: "على الوجه الذي يجوز" كذا في النسخة التي نقلت منها، والظاهر أنه سقط منه لا كما يدل عليه بقية كلامه فتأمل، فصواب العبارة أن يقول على الوجه الذي لا يجوز، ونقله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح. والله أعلم. وقال في رسم كتب عليه [ذكر⁵⁸⁷] حق: ولا بأس أن يشترط على العامل أن يسقي الجداول إذا كانت يسيرة. قال ابن رشد: هو من العمل اليسير الذي جوزوا اشتراطه.

ص: لم يحل بيعه ش: احترازاً مما إذا حل بيعه كما إذا أزهى بعض الحائط فلا تجوز مساقاته. قال في المدونة: وإذا أزهى بعض الحائط لم تجز مساقاة جميعه لجواز بيعه. انتهى. قال ابن ناجي: تسامح في قوله: "لم تجز مساقاة جميعه" وإنما أراد لم تجز مساقاة شيء منه إذ لا ضرر على ربه في ذلك لجواز بيعه وهذا هو المشهور، وقال سحنون تجوز مساقاته. انتهى.

قلت: وكذلك ينبغي أن لا تجوز المساقاة إذا أزهى ما يجاوره من الحوائط على ما تقدم في بيع الثمار. تنبيه: فإذا عمل رب الحائط في حائطه مدة ثم ساقاه قبل أن يثمر أو بعد أن أثمر ولم يحل بيع الثمرة جاز ذلك، بشرط أن لا يرجع بأجرة ما سقى ولا بشيء منه. قاله في رسم مسائل البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة. قال ابن رشد: فإن ساقاه بعد أن أسقى أشهراً على أن يتبعه بما سقى فإنه يرد إلى أجرة مثله. انتهى.

ص: ولم يخلف به مما يخلف كالبقول والقضب بالضاد المعجمة والموز والقرط بالطاء المهملة. قاله في المدونة. قال اللخمي: والكراث وكل ما ليس بشجر وإذا جزّ أخلف فلا تجوز مساقاته وإن عجز عنه ربه. قاله في المدونة. والفرق بين البصل والكراث أن البصل جرت العادة فيه أنه إنما يجذب بأصوله، بخلاف الكراث فإنه يجز وتبقى أصوله في الأرض.

ص: إلا تبعا ش: هو راجع إلى المسائل الثلاث التي قبله كما ذكرنا عن الباجي قبل، وليس خاصاً بالمسألتين قبله كما قال ابن غازي.

الحديث

585 - في المطبوع راجع وما بين المعقوفين من م130.

586 - ساقطة من المطبوع وم130 ويحيى167 والشيخ282 وما بين المعقوفين من مايابى40.

587 - ساقطة من المطبوع وم131 ومايابى40 والشيخ282 وما بين المعقوفين من يحيى167.

نص خليل
بجزء قل أو أكثر شاع وعلم.متن الخطاب
تنبيه: وإذا كان ما يخلف تبعاً فلا يجوز اشتراطه لرب المال ولا إلغاؤه للعامل. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم.ص: بجزء قل أو أكثر ش: لا مفهوم لقوله: "بجزء" وإنما نبه به على أنه لا تجوز المساقاة بكييل مسمى من الثمرة، ولم يرد أنه لا بد أن يكون المأخوذ جزءاً من الثمرة بل تجوز المساقاة على أن تكون الثمرة جميعها للعامل. قاله في المدونة وغيرها. قال ابن ناجي: وظهرها أنها مساقاة حقيقة، ويجبر العامل [على العمل⁵⁸⁸] أو يستأجر من يعمل إلا أن يقوم دليل على أنه أراد الهبة لقلّة المؤنة وكثرة الخراج. قال اللخمي: وهو مقتضى ما رواه ابن/ حبيب، وقال التونسي هي كالهبة وإن انتفع ربها بسقي أصوله، ولو مات قبل الحوز بطلت. انتهى.

374

قلت: قال اللخمي متمماً للكلام الأول: ومتى أشكل الأمر حملاً على المعاوضة لقوله أساقيك، ورب الحائط أعلم بمنافعه ومصلحة ماله. انتهى. ونقله أبو الحسن، وقال في المقدمات: وتجوز المساقاة على أن تكون الثمرة كلها للعامل بعمله، وقد قيل فيه إنه منحة فيفتقر إلى الحيابة ويبطل بالموت، وهو بعيد. انتهى.

قلت: وأما عكس هذا فظاهر جوازه وهو أن تكون الثمرة كلها لرب المال لأن العامل هنا متبرع بعمله. تنبيه: يشترط في الجزء المأخوذ أن لا يكون مختلفاً، فلو كان في الحائط أصناف من الثمرة وشرط أن يأخذ من صنف منها النصف ومن صنف منها الثلث لم يجز، وكذلك لو كان فيه أنواع من الثمار فساقاه في نوع من الثمار منها بالنصف وفي نوع بالثلث لم يجز. قال ابن عرفة: والحائط مختلف نوع [شجره⁵⁸⁹] [مختلطاً⁵⁹⁰] كمتحد. اللخمي: واختلاف ثمرته بالجودة والرداءة كتساويها، وتعدد الحوائط وثمرها سواء في الجودة والرداءة والعمل أو تقارب كواحد. انتهى.[فرع: ⁵⁹¹] وقع في الموطأ¹ وغيره في حديث خبير أنه صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم، ثم يقول لهم: إن شئتم فلکم وإن شئتم فلنا بخرصها ونؤدي إليكم نصفها. هكذا ذكره في المقدمات، وفي الموطأ نحوه. قال الباجي: قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل عبد الله أيجوز ذلك للمساقين والشريكين؟ فقال: لا يعمل [ذلك،⁵⁹²] ولا يصلح اقتسامه إلا كيلاً إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقتسمانه بالخرص. قال الباجي: وهذا الذي حمل عيسى الحديث عليه، وأنه كان يسلم إليهم جميع الثمرة ليضمنوا حصة المسلمين منها لا يجوز؛ لأنه بيع التمر بالتمر بالخرص في غير العرايا، فلذلك تأول الحديث على أن الخرص للقسمة خاصة، وإذا حمل الحديث على أنه إنما كان الخرص للزكاة سلم مما جاء به وأنكره، وهو محتمل لذلك، ويكون قوله: "إن شئتم فلکم وإن شئتم فلنا" على سبيل التحقيق لصحة خرصه. انتهى بالمعنى. وخرص الحائط للقسمة إنما

1 - عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خبير يوم افتتح خبير أقركم فيها ما أقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول إن شئتم فلکم وإن شئتم فلي فكانوا يأخذونه، موطأ مالك بتتوير الحوالمك، مركز هجرة 2005، رقم الحديث 1412.

الحديث

588 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 131 ومايأبى 40.

589 - في المطبوع شجرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374.

590 - في المطبوع مختلط والشيخ 283 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى 178 ومايأبى 41.

591 - * في م 131 وسيد 60 ويحيى 168 ومايأبى 42 فائدة.

592 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى 178 والشيخ 283 ومايأبى 41.

بَسَاقَيْتُ لَا نَقْصَ مَنْ فِي الْحَائِطِ.

نص خليل

متن الخطاب

يجوز إذا كان للأكل بشروط تقدمت في باب القسمة، وقال في المقدمات: جاء في بعض الآثار تضمين اليهود نصيب المسلمين، وفي بعضها تخييرهم من غير ذكر ضمان، فأما تخييرهم في أخذهم الثمرة في رؤوس النخل بما فيه خرص عليهم من الثمرة يؤدونه عند الجداد من غير تضمين فليس بضيق، وقد أجازته جماعة من أهل العلم، وهو على قياس ما قاله مالك في الخرص بسبب الزكاة، وأما تخييرهم في التزامهم ذلك مضمونا عليهم فهو من المزبنة ولا يكون إلا مفسوخا، وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازته وهو بعيد. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وليس للعامل أن يعري من الحائط إذ ليست له نخلة معينة، إلا أن يعري حصة من نخلات معينة فيجوز. قال أبو الحسن: أو يعري جميع حظه من الحائط. قال: فإن أعري شيئا بعينه فإنه يمضي نصيبه للمعري، ويرجع نصيب رب الحائط، وليس للمعري أن يقول اجمعوا حظي في هذه النخلات؛ لأنه إنما أعراه شيئا بعينه فاستحق فلا يلزم خلفه. انتهى. وقاله للخمى وزاد: وكذلك لو أعري رب الحائط جميع حظه أو بعضه أو شيئا بعينه.

ص: بساقيت ش: قال في المقدمات: والمساقاة أصل في نفسها، فلا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم، فلو قال رجل استأجرتك على عمل حائطي هذا بنصف ثمرته لم يجز على مذهبه، كما لا تجوز الإجارة عنده بلفظ المساقاة وذلك بين من قوله في الكتاب إذا ساقاه في ثمرة قد طاب بعضها أن ذلك لا يجوز، بخلاف قول سحنون فإنه يجيزها ويجعلها إجارة، ومالك في كتاب ابن المواز مثله وكلام ابن القاسم أصح. انتهى.

قلت: وعلى قول سحنون اقتصر ابن شاس وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: الصيغة مثل ساقيتك أو عاملتك على كذا فيقول قبلت وما في معناها من قول أو فعل. انتهى.

375

ص: ولا نقص من في الحائط ش: يعني أنه يشترط في صحة المساقاة أن لا يخرج رب الحائط ما كان في الحائط من عبيد ودواب وأجراء وآلة يوم عقد المساقاة، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة. قال في المدونة: وما كان في الحائط يوم عقد المساقاة من رقيق ودواب لربه فللعامل اشتراطهم، ولا ينبغي لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه فيصير كزيادة شرطها إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. ثم قال فيها: ولو شرط رب المال إخراج رقيقه ودوابه منه لم يجز، فإن نزل ذلك منه فللعامل أجرة مثله، والثمرة لربها. انتهى. قال أبو الحسن: قوله: "لا ينبغي" معناها المنع يدل عليه التعليل، وقوله: "إلا أن يكون قد نزعهم" استثناء منقطع. انتهى. وقال ابن ناجي: قوله: لا ينبغي على التحريم للتعليل، وصرح بذلك عبد الحق. انتهى.

قلت: وآخر كلام المدونة صريح في أن ذلك على التحريم لأنه جعل ذلك مما تفسد المساقاة به، وقال ابن نافع ويحيى وإذا كان في الحائط رقيق لا يدخلون إلا بشرط، ووجه الأول أنه صلى الله عليه وسلم لما ساقى أهل خيبر لم يخرج شيئا مما في الحوائط. قاله في التوضيح.

تنبيه: [قوله⁵⁹³] في المدونة: "إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك" لفظه في الأم: قلت: إن لم يشترطهم العامل وأراد المالك إخراجهم قال: قال مالك أما عند معاملته واشترطه فلا ينبغي إخراجهم

الحديث

نص خليل وَلَا تَجْدِيدٍ وَلَا زِيَادَةَ لِأَحَدِهِمَا وَعَمِلَ الْعَامِلُ جَمِيعَ مَا يُفْتَقَرُ إِلَيْهِ عُرْفًا.

متن الخطاب وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس. هكذا نقله ابن عرفة، وقال: انظر قولها: "وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس" هل هو مطلقاً لأجل أنه مختلف فيه، أو ما لم يكن ذلك لقصد إخراجهم من المساقاة كمن أراد طلاق زوجته فأخرجها من مسكنها لكي تعتد [بغيره؟] وقال⁵⁹⁴ أبو حفص العطار: إن أراد أن يساقى حائطه فأخرجهم ثم أقبل يسوم به فلا بأس، إنما الذي لا يجوز أن يخرجهم عند إرادة عقدها مع من تكلم معه فيه. انتهى.

قلت: ما قاله أبو حفص هو الذي يفهم من كلام المدونة. فرع: وليس للعامل أن يعمل بعمال رب المال ودوابه في غير الحائط المساقى عليه، ولا يجوز له أن يشترط ذلك. قاله في الموطأ. قال الباجي: لا يجوز للعامل أن يعمل بهم في غير الحائط المساقى عليه، سواء كان يعمل بهم في حوائط يملكها أو حوائط ساقى عليها من أجنبي، أو عمل فيها بأجر، وأما رقيقه وعماله فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء؛ لأنه إنما عليه العمل في الحائط، فإن اشترط ذلك على رب الحائط فسدت المساقاة لأنها زيادة اشترطها، فإن فاتت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى إجارة مثلهم، وإن عمل بهم من غير شرط منع من ذلك، ولا يفسد العقد بذلك. انتهى بالمعنى.

قلت: إلا أن يكون ذلك بإذن رب المال فيجوز. والله أعلم. ص: ولا تجديدش: يعني أنه يشترط أيضاً في صحة المساقاة أن لا يشترط العامل على رب الحائط أن يجدد فيه دواب وأجراء لم [تكن⁵⁹⁵] فيه حين العقد، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة؛ يريد إلا أن يكون ذلك يسيراً كاشتراط دابة أو غلام في الحائط الكبير فإن ذلك جائز بلا خلاف كما سيذكره المصنف في الجائزات، فإطلاقه هنا مقيد بما سيأتي. قال في المدونة: وما لم يكن في الحائط يوم العقد فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل كغلام أو دابة [في⁵⁹⁶] حائط كبير، ولا يجوز ذلك في صغير ورب حائط تكفيه دابة واحدة لصغره فيصير هذا يشترط جميع العمل على ربه، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كثر، ولا يجوز للعامل أن يشترط على رب المال دواب أو رقيقاً ليسوا في الحائط. قال أبو الحسن: قوله: لا ينبغي معناه لا يجوز، وقال ابن ناجي: لا ينبغي على التحريم يدل عليه ما بعده، [وأصرح⁵⁹⁷] منه قوله: ولا يجوز، وهذا هو المشهور، وقال ابن نافع: لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه. قال اللخمي: وهو أقيس. انتهى.

ص: وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفاش: كذا في أكثر النسخ عمل بصيغة الفعل الماضي من العمل والعامل/ فاعله وجميع مفعوله، وفي بعض النسخ بجر العامل بعلی الجارة ورفع [جميع⁵⁹⁸]

376

الحديث

⁵⁹⁴ - في المطبوع ومال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 375 ويحيى 178 والشيخ 284 ومايأبى 42.

⁵⁹⁵ * - في المطبوع وم 136 يكن وما بين المعقوفين من سيد 60 ويحيى 169 ومايأبى 42 والشيخ 284.

⁵⁹⁶ * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 132 ويحيى 169 ومايأبى 42 والشيخ 284 وسيد 60.

⁵⁹⁷ * - في المطبوع وأخرج وما بين المعقوفين من م 132 ويحيى 169 ومايأبى 42 والشيخ 284 وسيد 60.

⁵⁹⁸ * - في المطبوع جمع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376.

كَابَّارٍ وَتَنْقِيَةٍ وَدَوَابٍّ وَأَجْرَاءٍ وَأَنْفَقَ وَكَسَا.

متن الخطاب على أنه مبتدأ تقدم خبره، والمعنى واحد، غير أن على أبيين في الدلالة على اللزوم. قال في المدونة: ووجه العمل في المساقاة أن جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه. انتهى. يريد جميع [العمل⁵⁹⁹] الذي تفتقر إليه الثمرة [وينقطع⁶⁰⁰] بانقطاعها أو يبقى منه بعدها الشيء اليسير. قال في المقدمات: عمل الحائط إن لم يتعلق بإصلاح الثمرة لم يلزم العامل، ولا يصح أن يشترط عليه منه إلا اليسير يعني كسد الحظيرة وإصلاح الضفيرة. قال: وإن تعلق بإصلاح الثمرة وكان ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير فهذا [الذي⁶⁰¹] يلزم المساقى، وذلك كالحفر والسقي وزبر الكروم وتقليم الشجر والتسريب والتسديد [وإصلاح⁶⁰²] مواضع السقي والتذكير والجداد وما أشبه ذلك. قال: وإن كان يتأبد ويبقى بعد الثمرة كإنشاء حفر بئر أو إنشاء ضفيرة أو إنشاء غراس أو بناء بيت تجنى فيه الثمرة كالجرين وما أشبه ذلك فلا يلزم العامل، ولا يجوز اشتراط ذلك عليه عند المساقاة. انتهى.

ص: كإبار ش: قال في الصحاح: وتأبير النخل تلقيحه، يقال نخلة مؤبرة مثل مأبورة، والاسم منه الإبار على وزن الإزار. انتهى. ولم يذكر الفاكهاني في شرح الرسالة غير هذا، والجاري على الألسنة الإبار بالتشديد وهو جائز، قال الزمخشري في قوله تعالى: ﴿وَكَذَّبُوا بِآيَاتِنَا كَذَابًا﴾: فعال في باب فعل فاش [في⁶⁰³] كلام [فصحاء⁶⁰⁴] من العرب لا يقولون غيره، وسمعتني بعضهم أفسر آية فقال لقد فسرتها فسارا ما سمع بمثله، وقال غير الزمخشري هي لغة لبعض العرب يمانية. والله أعلم. وقال أبو الحسن: التلقيح والتذكير والإبار ألفاظ مترادفة. قال في المدونة: ولا بأس باشتراط التلقيح على رب المال، فإن لم يشترط فهو على العامل. وقال بعده: وإنما يجوز لرب المال أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته، وذكر أشياء منها إبار النخل وهو تذكيرها. انتهى. قال اللخمي: اختلف قول مالك في الإبار فجعله مرة على رب الحائط، ومرة على العامل، فتأول بعضهم ذلك على أن على رب الحائط الشيء الذي يلحق به، وعلى العامل العمل. قال اللخمي: وليس بالبين. انتهى. قال في التوضيح بعد أن ذكر القولين: حملة بعضهم على الخلاف.

قلت: الذي يظهر من المدونة أنه على العامل إلا أن يشترطه على رب المال، وكلامه الأخير لا يعارض الأول، ولذلك -والله أعلم- أطلق المصنف فيه.

ص: وأنفق وكسا ش: يعني أن العامل يلزمه أن ينفق على الدواب والأجراء وأن يكسوهم، سواء

599 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 ويحيى 179 والشيخ 285 ومايأبى 42.

600 - في المطبوع ويقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 ويحيى 169 ومايأبى 42 والشيخ 284 وسيد 60.

601 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 ويحيى 179 والشيخ 285 ومايأبى 42.

602 - في المطبوع وصلاح وما بين المعقوفين من م 132 ويحيى 169 ومايأبى 43 وسيد 60 والشيخ 285.

603 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من سيد 60 وم 132 ويحيى 169 ومايأبى 43 والشيخ 285.

604 - في المطبوع وم 132 فصاح وما بين المعقوفين من سيد 60 والشيخ 285 وهو الذي في مطبوعة الكشاف ج 4 ص 689.

نص خليل لَا أَجْرَةَ مَنْ كَانَ فِيهِ أَوْ خَلَفُ مَنْ مَاتَ أَوْ مَرَضَ كَمَا رُثَ عَلَى الْأَصَحِّ.

متن الخطاب [كانوا]⁶⁰⁵ له أو لرب الحائض، وهذا مذهب المدونة. قال فيها: وعليه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائض من رقيقه كانوا له أو لرب الحائض، ولا يجوز أن يشترط نفقتهم أو نفقة العامل نفسه على رب الحائض. قال ربيعة: ولا تكون بينهما [ولا يكون شيء]⁶⁰⁶ من النفقة في ثمر الحائض. قال أبو الحسن: قول ربيعة تفسير وقال اللخمي في مختصر ما ليس في المختصر إن نفقة دواب رب الحائض عليه.

ص: لَا أَجْرَةَ مَنْ كَانَ فِيهِ ش: يعني أن حكم الأجرة مخالف لحكم النفقة والكسوة، فإنه إنما يلزم العامل أجرة من/ استأجره هو، وأما من كان في الحائض عند عقد المساقاة فأجرته على ربه. قال في التوضيح: هكذا قال في الواضحة، وقيد اللخمي بما إذا كان الكراء وجيبة. قال: وإن كان الكراء غير وجيبة فحكمه حكم ما لا أجراء فيه، وخالف في ذلك الباجي، ورأى أن ذلك على ربه، ولو كان غير وجيبة قال: وهذا إذا كان مستأجرا لجميع العام، وإن كان مستأجرا لبعضه فلم أر الآن في ذلك نصا، وعندى أن عليه أن يستأجر من يتم العمل لأنه لو مات للزمه ذلك، فكذلك إذا انقضت مدة إجارته. [اهـ]⁶⁰⁷ وما ذكره عن الواضحة هو ظاهر المدونة؛ لقوله فيها: وأما ما كان في الحائض يوم التعاقد من دواب ورقيق فخلف من مات منهم على رب الحائض وإن لم يشترط العامل ذلك [عليه]⁶⁰⁸ إذ عليهم عمل العامل، ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز. انتهى. وليس في المدونة التصريح بأن الأجرة على رب الحائض كما قال الشارح، وأما كلام اللخمي فمخالف لظاهر المدونة لأنه إذا كان عليه خلف من مات من الأجراء فذلك يقتضي أن الأجرة عليه، سواء كانت وجيبة أو غير وجيبة، وكذلك إذا انقضت [الإجارة]⁶⁰⁹ في بعض العام فظاهر المدونة أنه يلزمه إتمام الأجرة في بقية السنة أو استئجار شخص آخر خلفه. قال ابن ناجي في شرح المدونة: ذكر الموت في الكتاب طردي لقول اللخمي الإباق والتلف في أول العمل كالموت. انتهى.

قلت: وقال اللخمي أيضا: لو أراد رب الحائض أن يخرج من فيه ويأتي بمن يعمل عملهم لم يكن للعامل في ذلك مقال. والله أعلم.

ص: كما رث على الأصح ش: يعني أن ما كان في الحائض من حبال أو أدلية وآلات من حديد ونحو ذلك يوم عقد المساقاة فإنه يكون للعامل، ولا يجوز لرب الحائض إخراجه كما تقدم، وما لم يكن في الحائض فعلى العامل الإتيان به، فإذا رث ما كان في الحائض من الآلات أي بلي فهل يجب على رب المال خلفه، أو لا يلزم ربه خلفه ويكون خلفه على العامل؟ ذكر الباجي في ذلك قولين. قال: وكونه على العامل أظهر؛ لأنه إنما دخل على أن ينتفع به حتى تهلك عينه، وأمد انتهائها معلوم، بخلاف

الحديث

⁶⁰⁵ - في المطبوع وم 132 كان وما بين المعقوفين من سيد 60 ويحيى 169 وما يابى 43 والشيخ 285.

⁶⁰⁶ - في المطبوع ولا شيء يكون من النفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 والشيخ 285 وما يابى 43.

⁶⁰⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى 179 والشيخ 285 وما يابى 43.

⁶⁰⁸ - في المطبوع وم 132 ويحيى 169 وما يابى 43 والشيخ 285 وسيد 60 عليهم وما بين المعقوفين من التهذيب ج 3 ص 411.

⁶⁰⁹ - في المطبوع الأجرة وما بين المعقوفين من ما يابى 93 ويحيى 179 والشيخ 285 وم 132 وسيد 60.

نص خليل

كَزَّرِعٍ وَقَصَبٍ وَبَصَلٍ وَمَقْتَاةٍ إِنْ عَجَزَ رَبُّهُ وَخِيفَ مَوْتُهُ وَبَرَزَ وَلَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ وَهَلْ كَذَلِكَ الْوَرْدُ وَنَحْوُهُ
وَالْقُطْنُ أَوْ كَالْأَوَّلِ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ تَأْوِيلَانِ وَأَقْتَتَ بِالْجَدَادِ.

متن الخطاب

العبد والدابة فإنه لا يعلم أمد ذلك، وجزم للخمى بأن خلف ذلك على العامل، ولم يحك فيه خلافاً،
إذا علم ذلك فقول المصنف: "كما رث" إن كان بكاف التشبيه كما هو في غالب النسخ، فكان من حقه
أن يذكر قبل قوله: "لا أجرة من كان فيه" كما قال ابن غازي لأنه مشبه بما هو على العامل، وإن
كان بلا النافية فهو مخرج من المنفي [قبله؛ ⁶¹⁰] أي ليس على العامل خلف من مات أو مرض ممن
كان فيه وعليه خلف ما رث.

فرع: فلو سرق ما كان في الحائط من الأثاث كان على رب الحائط إخلافها اتفاقاً. قاله في التوضيح.
فإذا أخلفها ربه انتفع به العامل قدر ما كان ينتهي إليه المسروق ثم يختلف فيه حينئذ، فمن قال إذا
بلي يلزم ربه خلفه قال يستمر العامل على الانتفاع به، ومن قال الخلف على العامل قال لربه أن
يأخذه. والله أعلم.

ص: كزرع وقصب وبصل ومقتاة ش: تقدم الكلام على مساقاة زرع البعل أول الباب، والمقتاة بالثاء
المثلثة قبل الألف/ والفاء الفوقية بعدها.

378

ص: أو كالأول وعليه الأكثر ش: كلامه في المدونة كالصريح في هذا، ونصه: ولا بأس بمساقاة الورد
والياسمين والقطن، وأما المقائي والبصل وقصب السكر فكالزراع تساقى إن عجز ربه. انتهى. قال في
التوضيح: وقول من حمل المدونة على الجواز مطلقاً أظهر. انتهى. وقال في المقدمات: لا ينبغي أن
يختلف أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك وإن لم يعجز صاحبها عن عملها.
انتهى. وأما القطن فاستبعد ابن رشد [الجواز ⁶¹¹] فيه على الإطلاق، وذكر في التوضيح عن ابن يونس
أنه أشار إلى أن الخلاف في القطن ينبغي أن يكون خلافاً في حال، ففي بعض البلاد يكون شجرة
كالأصول الثابتة تجنى سنين، وفي بعضها [يكون ⁶¹²] كالزراع يساقى إن عجز ربه. انتهى. قال في
التوضيح: ليس له أصل ثابت، وهذا ظاهر فليتأمل. والله أعلم.

ص: وأقتت بالجداد ش: يعني أن الشأن في المساقاة أن تؤقت بالجداد، ولم يبين رحمه الله هل
التوقيت بذلك شرط في صحة المساقاة، أو ليس بشرط؟ والذي يقتضيه كلامه في المدونة أن ذلك ليس
بشرط قال فيها: والشأن في المساقاة إلى الجداد ولا يجوز شهراً ولا سنة محدودة وهي إلى الجداد إذا
لم يؤجلا. انتهى. وقال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: ويشترط تأقيتها وأقله إلى الجداد وإن
أطلق حمل عليه اشتراط الأجل مع الحكم بصحة عقد المساقاة المطلقة بُعد، فإن قلت مراده أن وجود
الجهالة في العقد يفسده وهو أمر زائد على إطلاق العقد. قلت: فعلى هذا تكون الجهالة مانعة من
الصحة؛ لأن التأقيت شرط في الصحة انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: ولا تجوز شهراً ولا سنة

الحديث

610 - في المطبوع قوله وما بين المعقوفين من م 132 وسيد 60 ويحيى 169 ومايaby 44 والشيخ 286.
611 - في المطبوع الخلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى 180 والشيخ 286 ومايaby 44.
612 - في المطبوع تكون وما بين المعقوفين من م 133 وسيد 60 ومايaby 44 ويحيى 170 والشيخ 286.

نص خليل

وَحُمِلَتْ عَلَى الْأَوَّلِ إِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ ثَانٍ وَكَبَيَّاضٍ تَخْلٍ أَوْ زَرْعٍ إِنْ وَافَقَ الْجُزْءُ وَبَذَرُهُ الْعَامِلُ وَكَانَ ثُلُثًا بِإِسْقَاطِ كُلْفَةِ الثَّمَرَةِ وَإِلَّا فَسَدَ.

متن الخطاب

محدودة ظاهره كان الأجل ينقضي قبل الجداد أو بعده فهذا لا يجوز؛ لأنه إن كان لا ينقضي إلا بعد الجذاذ [فهو زيادة⁶¹³] اشترطها العامل على رب الحائط؛ لأن رب الحائط يعمل في نصيبه فلهذا قال لا تجوز شهرا ولا سنة محدودة. انتهى. وقال ابن رشد في سماع أشهب: مسألة: وسألته عن الذي ساقى ثلاث سنين أليس ذلك من جذاذ إلى جذاذ؟ قال بلى. قال ابن رشد: هذا مما لا اختلاف فيه أعلمه لأن السنين في المساقاة إنما هي بالأجدة لا بالأهلة، بخلاف القبالات التي إنما هي بالأهلة لا بالأجدة، فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده رد في ذلك إلى مساقاة مثله. انتهى. وقال اللخمي: المساقاة إلى السنيتين والثلاث على وجهين إن أريد انقضاء السقي بانقضاء الثمرة التي تكون في تلك السنين جاز، وإن كان القصد التماضي بالعمل إلى انقضاء شهور تلك السنة وإن جدت الثمرة لم تجز، وكان العامل في السنين الأولى على مساقاة مثله، وفي العام الأخير من حين تجد الثمرة إلى آخر ذلك العام على إجارة مثله. انتهى.

قلت: فتحصل من هذا أن المطلوب في المساقاة أن تؤقت بالجذاذ، سواء عقداها لعام واحد أو لسنين متعددة، فإن عقداها وأطلقا حملت على الجذاذ وعلى أنها لعام واحد، وإن عقداها لسنة أو لسنيتين وأطلقا حملت أيضا على الأجدة، وإن أراد التحديد [بانقضاء السنة⁶¹⁴] العربية أو السنين العربية لم يجز، وتفسد المساقاة بذلك، وسيأتي شيء من هذا عند قول المصنف: "وسنين".

ص: وحملت على أول [إن⁶¹⁵] لم يشترط ثان ش: فإن اشترط الثاني جاز. قال في المدونة: وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط الثاني. ثم قال في آخر الكتاب: ولا بأس بمساقاة نخل يطعم في السنة مرتين، كما تجوز مساقاة عامين، وليس ذلك مثل ما ذكره هنا من مساقاة القضب؛ لأن القضب يحل بيعه وبيع ما يأتي بعده، والشجر لا يباع ثمارها قبل أن تزهي. انتهى. يعني أن النخل والشجر وإن كان يطعم في السنة مرتين فليس هو كالقضب الذي يخلف لما ذكره، والقضب بالضاد المعجمة. والله أعلم.

ص: وكبياض نخل أو زرع ش: / قال في التوضيح: البياض عبارة عن الأرض الخالية عن الشجر، وسواء كان البياض بين أضعاف السواد أو منفردا عن الشجر. قاله ابن المواز. انتهى. ولو قال المصنف وكبياض شجر لكان أشمل، ومراده أنه يجوز إدخال البياض الكائن مع الشجر أو مع الزرع في مساقاة الشجر وفي مساقاة الزرع بالشروط المذكورة. والله أعلم.

ص: وبذره العامل ش: فإن دخلا على أن البذر من عند رب الحائط أو منهما جميعا لم يجز. قاله في المدونة. وبقي شرط رابع، وهو أن يكون حرثه والعمل فيه على العامل. قال في المدونة: ولا يجوز

379

الحديث

613 - في المطبوع ويحيى 180 وم 133 وسيد 60 فهي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 والشيخ 286 وما يابى 44.

614 - في المطبوع بالسنة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 378 ويحيى 180 والشيخ 286 وما يابى 45.

615 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى 180 والشيخ 286 وما يابى 45.

كَاشْتَرَاطِهِ رَبُّهُ وَالْغِيَّ لِلْعَامِلِ إِنْ سَكَنَّا عَنْهُ أَوْ اشْتَرَطَهُ وَدَخَلَ شَجَرٌ تَبِعَ زَرْعًا وَجَارَ زَرْعٌ وَشَجَرٌ وَإِنْ غَيْرَ تَبِعَ وَحَوَائِطُ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ بَجْزٍ إِلَّا فِي صَفَقَاتٍ وَغَائِبٍ إِنْ وُصِفَ وَوَصَلَهُ قَبْلَ طَيِّبِهِ.

نص خليل

أن يشترط فيه نصف البذر على رب الحائط أو حرث البياض فقط وإن جعل الزرع بينهما، وإن كان على أن يزرعه العامل من عنده ويعمله وما أنبت بينهما فجائز. انتهى.
ص: [كاشترط ربه⁶¹⁶] ش: هذا إذا كان العامل يسقيه أو يبذره أو يعمل فيه. قال في المدونة: وكذلك إن كان يناله سقي العامل. قاله في الموطأ. قال ابن حبيب: وإن كان بعلا [أو⁶¹⁷] كان لا يسقى بماء الحائط فجائز. قال في التوضيح: وهذا ينبغي أن يكون تقييدا لما في الموطأ. انتهى.
قلت: وسياق كلام أبي الحسن يقتضي أنه تقييد، ولا فرق في ذلك بين كون البياض كثيرا أو يسيرا. والله أعلم.

متن الحطاب

ص: وَالْغِيَّ لِلْعَامِلِ إِنْ سَكَنَّا عَنْهُ ش: يعني أن المتعاقدين إذا سكتا عن البياض حين عقد المساقاة فلم يشترطه، ولا اشترطه رب المال فإنه يكون للعامل؛ يريد إذا كان يسيرا؛ لأن الكلام فيه.
ص: أو اشترطه ش: يعني أن العامل إذا اشترط البياض لنفسه فإن ذلك جائز؛ يريد إذا كان يسيرا كما تقدم، وهذا لا خلاف فيه، ونص في المدونة وغيرها على أن إلغاء البياض للعامل هو المطلوب، ولفظ المدونة: قال مالك: وأحب إلي أن يلغى البياض فيكون للعامل وهذا أصله. قال عبد الحق: فإن اعترض معترض وقال: أليس قد ساقى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على شطر ما أخرجت من تمر أو حب¹؟ فلم استحب مالك إلغاء البياض ولم يستحب ما في الحديث من كونه بينهما؟ فالجواب: أنه جاء في حديث آخر أنه ترك لهم بياض النخل¹، فاستحب مالك هذا إذا كان في كون البياض بينهما كراء الأرض بما يخرج منها. والله أعلم.

380

فرع: فلو اشترط العامل البياض اليسير وزرعه ثم أجيحت الثمرة قال مالك في سماع سحنون: عليه كراء البياض. قال ابن رشد: ومعنى ذلك أن العامل لما أجيحت الثمرة أبى أن يتمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه من سقائه، ولو تمادى على ذلك لم يكن عليه في البياض كراء. قال: ويبين ذلك قول مالك في كتاب ابن سحنون: وكذلك لو عجز العامل عن الأصل كان عليه البياض بكراء مثله. فشبّه المسألة الأولى بعجز العامل عن العمل. انتهى بالمعنى. والله أعلم.

ص: وغائب إن وصف ووصله قبل طيبه ش: يعني أنه تجوز المساقاة على الحائط ولو كان غائبا، وظاهره سواء كان قريب الغيبة أو بعيدها، وهو كذلك إذا حصل الشرطان المذكوران الأول أن يوصف للعامل، والمراد بالوصف أن يذكر جميع ما يحتاج إليه من العمل فيذكر ما فيه من الرقيق والدواب، أو لا شيء فيه، وهل هو بعل، أو [يسقى⁶¹⁸] بالعين أو بالغرب وتوصف أرضه وما هي عليه من الصلابة أو غيرها ويذكر ما فيه من أجناس الأشجار وعددها والقدر المعتاد مما يوجد فيها؟ أشار إلى

1- عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1551، والبخاري في صحيحه، كتاب الحرث والمزارعة، رقم الحديث 2329.

الحديث

616 - في المطبوع يرد به وما بين المعقوفين من ن عدود ص 379 ويحيى 180 والشيخ 287 وما يابى 45.

617 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م 133 وسيد 60 وما يابى 45 ويحيى 170 والشيخ 287.

618 - في المطبوع سقى ويحيى 181 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 380 والشيخ 287 وما يابى 46.

نص خليل وَاشْتَرَا طُ جُزْءُ الزَّكَاةِ عَلَى أَحَدِهِمَا.

متن الخطاب

ذلك لللخمي، ونقله أبو الحسن.

تنبيهه: وانظر هل يُكْتَفَى بوصف رب الحائط، أو لا بد أن يصفه غيره، والظاهر أنه يُكْتَفَى بوصف [ربه]⁶¹⁹ كما في البيع، ولم أقف عليه منصوصا، والظاهر أيضا أن رؤية العامل للحائط قبل عقد المساقاة بمدة لا يتغير بعدها تقوم مقام الوصف، وانظر هل يجوز أن تعقد المساقاة معه من غير وصف على أنه بالخيار إذا رآه كما في البيع؟ والظاهر الجواز أيضا كما في البيع، وقد يؤخذ ذلك من قوله في المدونة: ولا بأس بمساقاة الحائط الغائب ببلد بعيد إذا وصف كالبيع. انتهى. الشرط الثاني أن يعقد المساقاة في زمن يمكن وصول العامل فيه قبل طيب الحائط، وهذا معنى قول المصنف: "ووصله قبل طيبه" وأما إن كان لا يصل إليه إلا بعد طيبه فلا تجوز. قاله الشيخ أبو محمد. قال عبد الحق: هذا على أصل ابن القاسم، وقال بعض شيوخنا ويجوز ذلك على قول سحنون وإن كان لا يصل إلا بعد الطيب.

فرع: فإن عقد المساقاة في زمن يمكن وصوله قبل الطيب فتوانى في طريقه فلم يصل إلا بعد الطيب لم تفسد المساقاة بذلك. ذكره أبو الحسن عن بعض القرويين، ونقله في الشامل.

فرع: ونفقة الحمل في خروجه عليه وليس كالقراض. قاله في المدونة.

ص: واشتراط جزء الزكاة ش: يعني أنه يجوز أن يشترط أن الزكاة تخرج من حصة أحدهما. قال في المدونة: ولا بأس أن يشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقاه عليه، فإن لم يشترط شيئا فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي. انتهى. واعلم أن الحائط في المساقاة إنما يزكى على ملك ربه، فتجب الزكاة فيه إذا كان ربه حرا مسلما، وكان في الحائط خمسة أوسق، وكذا إن كان أقل إذا كان لربه حائط آخر إذا ضم ثمره إلى ما خرج من هذا الحائط بلغ خمسة أوسق، وسواء كان العامل حرا مسلما أم لا، وسواء حصل له نصاب أو دون النصاب، فتخرج الزكاة من جملة الحائط ثم يقسم ربه والعامل ما بقي على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وإن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه الزكاة بأن كان عبدا أو كافرا فلا تجب الزكاة في حصته ولا في حصة العامل ولو كان حرا مسلما وحصل له نصاب، ولو حصل للعامل من حائط له غير الحائط المساقى عليه بعض النصاب لم يضم إلى ما حصل له في الحائط سواء وجبت فيه الزكاة أم لم تجب. قاله ابن رشد في سماع أشهب من كتاب المساقاة، وفي نوازل أصبغ من كتاب القراض: وقال إنه لا خلاف في ذلك. قال ابن عرفة: وزكاة المساقاة قال في البيان: الواجب إخراجها من جملة الثمرة إن بلغت نصابا، أو كان/ لرب الحائط ما إن ضمه إليها بلغت ثم يقتسمان ما بقي. اللخمي: قول مالك إنها مزاكاة على ملك رب الحائط يجب ضمها لما له من ثمر غيرها ويزكى جميعها ولو كان العامل ممن لا تجب عليه، وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه والعامل ممن تجب عليه. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: ولو شرط رب المال الزكاة على العامل ونقص الحائط عن النصاب فقليل

381

الحديث

وَسَنِينَ مَا لَمْ تَكُنْ جِدًّا بَلَا حَدٍّ وَعَامِلٍ دَابَّةٌ أَوْ غُلَامًا فِي الْكَبِيرِ.

نص خليل

متن الخطاب يقتسمان الثمرة نصفين، وقال سحنون لرب الحائض ستة أعشارها، وللعامل أربعة أعشارها. وقال ابن عبد السلام: يقتسمان الثمرة أتساعاً؛ لرب الحائض خمسة، وقيل يقتسمانها من عشرين؛ لرب الحائض أحد عشر جزءاً وللعامل تسعة أجزاء. وقال في الشامل: ولو شرطت على العامل فلم تجب فله نصف الغلة كإن سكتا عنها، وقيل أربعة أعشارها، وقيل تسعة أجزاء من عشرين، وزكى على ملك ربه. انتهى. وهذا حيث دخلا على أن للعامل نصف الثمرة وإلا فله بحسب ما دخلا عليه.

ص: وسنين ما لم تكثر جداً بلا حد ش: يعني أنه يجوز أن تعقد المساقاة على سنين متعددة ما لم تكثر جداً، ولم يحد مالك في الكثرة حداً، ويشير إلى قوله في المدونة: ويجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جداً. قيل: فعشرة؟ قال: لا أدري تحديد عشرة ولا ثلاثين ولا خمسين. انتهى. قال في التوضيح: وهذا يحتمل معنيين؛ أحدهما أنه لم يثبت عنده شيء من السنة، والثاني أنه رأى أن ذلك يختلف باختلاف الحوائط؛ إذ الجديد ليس كالقديم، فلو حدد لفهم الاقتصار على ذلك الحد، ثم ذكر عن صاحب المعين أنه قال يستحب أن تكون المساقاة من سنة إلى أربع قال: فإن طالت السنون جداً فسخت. انتهى.

قلت: وما ذكره عن صاحب المعين ذكره في المتيطة.

تنبيه: قال ابن الحاجب: وتجاوز إلى سنين والأخيرة بالجداد. قال في التوضيح: قال في البيان: لا خلاف في ذلك، وسواء تقدم الجداد أو تأخر عنها. انتهى. [وقال في التوضيح قبل ذلك عن صاحب المعين: والصواب في المساقاة أن تؤرخ بالشهور العجمية التي فيها الجداد، فإن أرخت بالعربية فانقضت قبل الجداد تمادى العامل إليه. انتهى.]⁶²⁰

قلت: ونقله في المتيطة بلفظ: فإن انقضت المدة قبل الجداد فعلى العامل التماضي إلى الجداد. انتهى. ثم قال في التوضيح: ولما نقل أبو الحسن أنها تؤرخ بالسنة العجمية قال: هذا في السنين الكثيرة؛ لأن السنين بالعربي تنتقل. انتهى.

قلت: فإن قصد التحديد بالعربي سواء تقدم على الجداد أو تأخر فإن المساقاة تفسد بذلك كما تقدم عند قوله: "وأقنت بالجداد". والله أعلم.

ص: [وعامل⁶²¹] دابة أو غلاماً في الكبير ش: هذا معطوف على قوله: "سنين" لكن الأول من باب إضافة المصدر للمفعول، وهذا من إضافته للفاعل، وانظر هل يجوز ذلك في العربية؟ وقوله في الكبير بالباء الموحدة، والمعنى أنه يجوز أن يشترط العامل على رب المال أن يعينه [بدابة⁶²²] أو غلام إذا كان الحائط كبيراً، وأما إن كان صغيراً فلا يجوز ذلك.

الحديث

⁶²⁰ - ساقطة من المطبوع ومايأبى 47 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى 181 والشيخ 288.

⁶²¹ - في المطبوع أو عمل ويحيى 181 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 (وم والشيخ 288 أو عامل) ومايأبى 47 (بلفظ أو عامل).

⁶²² - في المطبوع بالدابة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 381 وم 134 وسيد 61 ويحيى 171 ومايأبى 47 والشيخ 288.

نص خليل وَقَسُمُ الزَّيْتُونُ حَبًّا كَعَصْرِهِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَإِصْلَاحُ جِدَارٍ وَكَنْسٌ عَيْنٍ وَسَدٌّ حَظِيرَةٍ وَإِصْلَاحُ ضَفِيرَةٍ أَوْ مَا قَلَّ.

متن الخطاب تنبيهه: قوله: "دابة أو غلاما" بأو مثل لفظ المدونة، وقال أبو الحسن: ظاهره أحدهما على البدل لا مجموعهما، والمقصود إنما هو اليسارة كما قال فيما يأتي، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كبر. انتهى. قلت: فظاهره أنه إذا كان الحائط كبيرا [يجوز اشتراط مجموعهما، بل قد يقال يفهم منه أنه لا مفهوم لقوله: [دابة أو غلاما⁶²³]، وأنه يجوز اشتراط الدابتين والغلامين إذا كان الحائط كبيرا⁶²⁴] فتأمل.

فرع: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: إذا اشترط الغلام أو الدابة فخلف ما مات من ذلك على رب المال إذ عليهم عمل العامل فهو بمنزلة ما لو كانوا فيه، وقال اللخمي: إن شرط من ذلك غير معين كان على ربه خلفه، وإن كان معينا فقال هذا العبد أو هذه الدابة لم يجز إلا أن يشترط الخلف. انتهى. وقال في التوضيح: إذا شرط غلاما أو دابة فقال سحنون لا يجوز ذلك إلا بشرط الخلف، وقيل يجوز وإن لم يشترط الخلف والحكم يوجب. قال في البيان: وهو ظاهر ما في الواضحة، وما في [المدونة⁶²⁵] محتمل للوجهين، والذي أقول به وهو تفسير لجميع الروايات أنه إن عين الغلام أو الدابة بإشارة أو تسمية فلا تجوز المساقاة إلا بشرط الخلف، وإن لم يكن معينا فالحكم يوجب وإن لم يشترط. انتهى.

382

ص: وقسم الزيتون حبا كعصره على أحدهما ش: ظاهر كلامه أنه يجوز اشتراط قسم الزيتون حبا، ويجوز اشتراط عصره على أحدهما، فإن لم [يشترط⁶²⁶] واحدا من الأمرين لزمهما أن يعصره ولا يقتسماه إلا بعد عصره، وهو ظاهر لفظ المدونة، لكنه خلاف ما ذكره أبو الحسن الصغير عن سحنون أن منتهى المساقاة في الزيتون جنيئه. قال في المدونة: قال مالك في الزيتون: إن شرط قسمه حبا جاز، وإن شرط عصره على العامل جاز ذلك. قال أبو الحسن: زاد ابن يونس في نقله ليسارته، قال أبو إسحاق: إن شرطا عصره على رب الحائط جاز. قال ابن يونس: وإن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما، وحكاه اللخمي عن ابن المواز وسحنون. قال سحنون: منتهى المساقاة جنا. انتهى. ومقتضى كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب المساقاة أن كلام سحنون هو المذهب، ويمكن أن يحمل كلام المصنف على أن المراد أن قسم الزيتون حبا إن شرطه أحدهما عمل به، ولو كان العرف أن عصره على أحدهما عمل به وإن لم يشترط ذلك وكان عرف عمل به، فإن لم يكن عرف ولا شرط فعصره عليهما، وإن [أحبا⁶²⁷] قسمه حبا جاز فتأمل.

ص: أو ما قل ش: لو قدمه على قوله: "وإصلاح جدار" وأدخل عليه الكاف فقال: "كإصلاح جدار" لكان أحسن؛ لأن فيه تنبيها على أن العلة في [جواز⁶²⁸] اشتراطهما على العامل [هو⁶²⁹]

الحديث

623 - في نسخة عدود وم134 وسيد61 والشيخ289 دابة وغلام وما بين المعقوفين من يحيى171.

624 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى182.

625 - في المطبوع البيان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى182 والشيخ288 ومايaby47.

626 - في المطبوع يشترط وما بين المعقوفين من م134 وسيد61 ويحيى172 والشيخ289 ومايaby48.

627 - في المطبوع وم134 أحب وما بين المعقوفين من سيد61 ويحيى172 ومايaby48 والشيخ289.

628 - في المطبوع جوازه وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى182 والشيخ289 ومايaby47.

نص خليل وَتَقَايَلُهُمَا هَدْرًا.

متن الخطاب [يسارتها⁶³⁰] كما قال في المدونة، وإنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته [مثل⁶³¹] سرو الشرب؛ وهو تنقية ما حول النخل من مناقع الماء [وجم⁶³²] العين وهو كنسها وقطع الجريد وإبار النخل وهو تذكيره، وسد الحظار واليسير من إصلاح [الضفيرة⁶³³] ونحوه مما تقل مؤنته فيجوز اشتراطه على العامل، وإلا لم يجز، وسرو الشرب بفتح السين المهملة وسكون الراء من السرو، وبفتح الشين المعجمة والراء من الشرب.

ص: وتقايلهما هدرًا ش: يعني أن العامل إذا عقد المساقاة على حائط ثم أراد المقيلة من رب الحائط أو ممن صار إليه ببيع أو إرث فإن ذلك جائز إذا تقايلا هدرًا من غير أن يدفع أحدهما للآخر شيئًا. قال في المدونة: ومن ساقى رجلًا ثلاث سنين فليس لأحدهما المتاركة حتى تنقضي؛ لأن المساقاة تلزم بالعقد، وإن لم يعمل وليس لأحدهما الترك إلا أن يتتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر فيجوز؛ لأن هذا ليس ببيع ثمر لم يبد صلاحه؛ إذ للعامل أن يساقى غيره، فرب الحائط كأجنبي إذا تركه. انتهى. وقال بعده في المدونة: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه كان قد شرع في العمل أم لا؛ لأنه غرر، إن أثمر النخل فهو بيع الثمرة قبل [زهوها⁶³⁴] وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل. انتهى.

فرع: فإن [خرجا⁶³⁵] من المساقاة قبل العمل أو بعده [لرب الحائط⁶³⁶] أو للمبتاع على شيء يعطاه لم يجز باتفاق، فإن وقع ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رد فيما عمل إلى إجارة مثله، وإن خرج على جزء مسمى، فإن كان قبل العمل فلا خلاف في جواز ذلك، وإن كان بعد العمل فأجاز ذلك ابن القاسم في رسم الأقضية من سماع أصبغ، ومنعه في رسم البيوع من/ سماع أشهب خوف أن تكون المساقاة التي أظهر أولا وآخرًا ذريعة لاستئجار العامل في المدة التي عمل فيها بالجزء الذي جعل له من الثمرة، فإن وقع ذلك رد إلى إجارة مثله. قال ابن رشد: فإن فعلا ذلك لأمر بدا لهما دون دلالة فلا حرج عليهما لأنها بانفرادها مساقاة صحيحة. انتهى مختصرا من رسم البيوع. وظاهر كلام ابن رشد أن هذا هو المذهب، وحكاة في التوضيح وقبله، وذكره في الشامل بقليل، وليس بظاهر.

383

الحديث

629 * - علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب هي.

630 - في المطبوع يسارتها ويحيى 182 والشيخ 289 وما يابى 48 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382.

631 - في المطبوع قبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى 182 والشيخ 289.

632 * - كذا في المطبوع والنسخ المخطوطة ولعلها خم بالخاء ففي القاموس خم البيت والبئر كنسها وأقرها الشيخ محمد سالم.

633 - في المطبوع الضفير وما يابى 48 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 382 ويحيى 182 والشيخ 289.

634 * - في المطبوع وم 134 وما يابى 48 وسيد 61 والشيخ 289 زهوه وما بين المعقوفين من التهذيب ج 3 ص 417 وفي يحيى 172 الثمر قبل زهوه.

635 - في المطبوع خرج ويحيى 182 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 والشيخ 289 وما يابى 48.

636 - في المطبوع فلرب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 382 وم 134 وسيد 61 ويحيى 182 والشيخ 289 وما يابى 48.

نص خليل وَمُسَاقَاةُ الْعَامِلِ آخَرَ وَلَوْ أَقْلُ أَمَانَةً وَحُمِلَ عَلَى ضِدِّهَا وَضَمِنَ فَإِنْ عَجَزَ وَلَمْ يَجِدْ أَسْلَمَهُ هَدْرًا وَلَمْ تَنْفَسِخْ بِفَلَسِ رَبِّهِ وَبِيعَ مُسَاقَى وَمُسَاقَاةٌ وَصِيٌّ وَمَدِينٌ بِلَا حَجَرٍ وَدَفَعُهُ لِذِمِّي لَمْ يَعْصِرْ حِصَّتَهُ خُمْرًا.

متن الخطاب تنبيهه: قال أبو الحسن: قوله: "إذ للعامل أن يساقي غيره" فاستدل على متاركة رب الحائط بمساقاة الغير، فجعلها مساقاة تنعقد بغير لفظ المساقاة، وإنما أجازها بغير لفظها لأنها إقالة، والإقالة معروف. ص: ومُسَاقَاةُ الْعَامِلِ آخَرُ ش: أما إذا ساقى على مثل الجزء الذي سوقي عليه فذلك جائز قبل العمل وبعده على مذهب مالك أنها من العقود اللازمة، وعلى القول بأنها من العقود الجائزة فلا تجوز قبل الشروع في العمل إلا برضا ربه، وإن ساقاه على أن للعامل الثاني أقل من الجزء الذي جعله له رب الحائط فكذلك، وإن كان على أن للعامل الثاني أكثر فقال ابن رشد في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة: فإن ساقاه على أكثر من الجزء الذي ساقى عليه صاحب الحائط مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان، فإن كان بعد أن عمل كان له الفضل أيضا على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول، ولم يكن [له⁶³⁷] على مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة التي لا تلزم بالقول. انتهى.

ص: ولم تنفسخ بفلس ربه وبيع مساقي ش: ظاهر قوله: "بيع" سواء كان مساقي سنة أو سنتين، ومنعه سحنون في السنتين، وصرح ابن عبد السلام والمصنف بأن قول سحنون خلاف قول ابن القاسم. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة عن اللخمي: ولو أحب المفلس تأخير بيع الثمرة لطيبها وطلب الغرماء تعجيله فالقول قولهم إن كانت الثمرة غير مأبورة. انتهى.

فرع منه: وفي أكرية الدور منها: لمن أخذ نخلا مساقاة فغار ماؤها بعد أن سقى أن ينفق فيها بقدر حظ رب الأرض من الثمرة لسنته تلك [لا أكثر، و⁶³⁸] مثله سمع ابن القاسم. ابن رشد: ظاهره أن ما زادت النفقة على حظ رب الأرض لا يلزمه، ومثله في رهونها خلاف سماع سحنون لزوم الراهن إصلاحها ويلزم ذلك في المساقاة، وإن لم يكن لرب الحائط غيره بيع منه بما يصلحها لثلا يذهب عمل العامل. انتهى.

ص: ودفعه لذمي لم يعصر حصته خمرًا ش: قال في المدونة: ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة إن أمنت أن يعصره خمرًا. قال ابن ناجي: قال ابن العربي: كيف [يقول مالك هذا، وقد⁶³⁹] ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ولم يشترط الأمن من عصر الخمر، إلا أن يقال الممنوع إذا [كانوا⁶⁴⁰] يسقونه مسلما، ولا يقال كان ذلك قبل تحريم الخمر؛ لأن فتح خيبر بعد

637 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ويحيى 182 والشيخ 289 ومايaby 49.

638 - في المطبوع الأكثر في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383.

639 - * في المطبوع يقول هذا مالك وما بين المعقوفين من يحيى 173 وم 135 وسيد 61 ومايaby 49 والشيخ 290.

640 - * في المطبوع وم 135 وسيد 61 ومايaby 49 والشيخ 290 إذا كان وما بين المعقوفين من يحيى 173.

نص خليل

لَا مَشَارَكَةَ رَبِّهِ أَوْ إعْطَاءُ أَرْضٍ لِتُغْرَسَ فَإِذَا بَلَغَتْ كَانَتْ مُسَاقَاةً أَوْ شَجَرٍ لَمْ يَبْلُغْ خَمْسَ سِنِينَ وَهِيَ تَبْلُغُ أَثْنَاءَهَا وَفُسِخَتْ فَاسِدَةً بِلَا عَمَلٍ أَوْ فِي أَثْنَائِهِ أَوْ بَعْدَ سَنَةٍ مِّنْ أَكْثَرِ إِنْ وَجِبَتْ أَجْرَةُ الْمِثْلِ وَبَعْدَهُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ إِنْ خَرَجَا عَنْهَا كَانِ ارْزَادَ عَيْنًا أَوْ عَرْضًا وَإِلَّا فَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ كَمُسَاقَاتِهِ مَعَ ثَمَرٍ أَطْعَمَ أَوْ مَعَ بَيْعٍ أَوْ اشْتَرَطَ عَمَلَ رَبِّهِ أَوْ دَابَّةٍ أَوْ غُلَامٍ وَهُوَ صَغِيرٌ أَوْ حَمَلُهُ لِمَنْزِلِهِ أَوْ يَكْفِيهِ مَوْنَةً أُخْرَى أَوْ اخْتَلَفَ الْجُزْءُ بِسِنِينَ أَوْ حَوَائِطَ كَاخْتِلَافِهِمَا وَلَمْ يُشَبَّهَا.

متن الحطاب: تحريمها. قال ابن ناجي: قال بعض شيوخنا: وظاهر المدونة أنه محمول على عدم الأمن حتى يعلم الأمن. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وكره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضا، ولست أراه حراما. قال أبو الحسن: لأن فيه بعض الإذلال، وقال ابن ناجي مثله اختصرها ابن يونس، وفيه نظر لأنه على اختصارهما يكون مالك نص على المسألتين وليس كذلك، إنما نص على كراهة القراض، وقاس ابن القاسم عليه كراهة المساقاة، وكلام ابن القاسم يدل على أنه حمل كراهة مالك على التحريم ولم يرتضه فيكون كلامه يدل على قولين التحريم لمالك والكراهة لابن القاسم.

384

ص: لا مشاركة ربه ش: يشير به -والله أعلم- إلى ما في رسم البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة، ونصه: قال: وسئل عن رب الحائط يقول لرجل تعال أسق أنا وأنت حائطي هذا ولك نصف الثمرة. قال: لا يصلح هذا، وإنما المساقاة أن يسلم الحائط إلى الداخل. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أن ذلك لا يصلح، فإن وقع وفات بالعمل كان العامل فيه أجيرا؛ لأن رب الحائط اشترط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه إليه، وإنما أعطاه جزءا من الثمرة على أن يعمل معه، بخلاف إذا شرط العامل أن يعمل معه رب الحائط هذا قال فيه ابن القاسم في المدونة وغيرها إنه يرد إلى مساقاة مثله، وقال أشهب إلى إجارة مثله، وقال سحنون: يجوز ولا يرد إلى أجرة مثله، كما لو اشترط عليه غلاما يعمل معه إذا كان الحائط كبيرا يجوز فيه اشتراط الغلام والدابة. انتهى.

ص: وفسخت فاسدة بلا عمل أو في أثنائها أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل وبعده أجرة المثل إن خرجا عنها كان ازداد عينا أو عرضا وإلا فمساقاة المثل كمساقاته مع ثمر أطعم أو مع بيع أو اشترط عمل ربه أو دابة أو غلام وهو صغير أو حملة لمنزله أو يكفيه مؤنة آخر أو اختلف الجزء سنين أو حوائط كاختلافهما ولم يشبها ش: لما ذكر أركان المساقاة الصحيحة وشروطها علم أن الفاسدة ما اختلف منها ركن أو/ شرط، ثم ذكر أن لها ثلاثة أحوال: الأولى أن يطلع على فسادها قبل الشروع في العمل والحكم حينئذ فسخها، وإليها أشار بقوله: "وفسخت فاسدة بلا عمل". الحالة الثانية أن يطلع على فسادها في أثناء العمل ولو بعد سنة من سنين كما إذا كانت المساقاة وقعت على سنين كثيرة، والحكم في هذا الوجه أن ينظر إلى عقد المساقاة فإن كانت مما تجب فيه أجرة المثل وجب فسخ المساقاة حين يعثر على ذلك، وإن كان عقد المساقاة مما تجب فيه مساقاة المثل لم تفسخ المساقاة، ويستمران إلى تمام العمل، وإلى هذه الحالة الثانية أشار المصنف بقوله: "أو في أثنائها أو بعد

385

سنة من أكثر إن وجبت أجره المثل" وقول المصنف: "أو بعد سنة" هو داخل في قوله: "أو في أثناؤه" ولهذا لو قال أو في أثناؤه وإن بعد سنة لكان أوضح، بل لو أخره عن قوله: "إن وجبت أجره المثل" [لكان أحسن؛ لأنه إنما تظهر فائدته في مفهوم الشرط وهو ما إذا كان الواجب مساقاة المثل، ⁶⁴¹ فإنه قد يقال: كان ينبغي إذا اطلع على فسادها عند كمال السنة أن تفسخ [المساقاة] ⁶⁴² في باقي السنين؛ لأن العامل قد تم عمله في تلك السنة وأخذ مساقاة مثله فيها فلم يذهب عمله باطلا، فلم يتركونه يعمل في بقية السنين. والله أعلم.

والجواب عن ذلك أن يقال إن الحائط قد تقل ثمرته في عام وتكثر في آخر، فلو لم يتماد على العمل في جميع السنين لكان فيه غبن على أحدهما، كما أشار إلى ذلك في المدونة في مسألة من ساقى حائطه وقد أطعم على تلك السنة التي أطعم فيها أو على سنين بعدها، وذكر ابن عبد السلام عن الموازية أنه إنما تفوت كل سنة بظهور الثمرة فيها، فلو قال المصنف أو في أثناؤه إن وجبت أجره المثل وإلا تمادى ولو بعد سنة، وكان مشيرا إلى ما ذكره ابن عبد السلام عن الموازية لكان أبين، فقوله: "إن وجبت أجره المثل" راجع إلى قوله: "أو في أثناؤه" الخ، وقول البساطي إنه راجع إلى المسألة الأولى أيضا أعني قوله بلا عمل خلاف ما يقتضيه كلامهم.

قال ابن الحاجب: وللفسادة ثلاثة أحوال قبل العمل فتفسخ. قال ابن عبد السلام: يعني إذا عثر على المساقاة الفاسدة قبل العمل وجب فسخها على أصل المذهب، وإلا لما كانت فاسدة، وإذا فسخوا البياعات المكروهة قبل الفوات فالفاسد أولى بالفسخ. انتهى. وكذا أطلق ابن شاس الفسخ قبل الفوات بالعمل، وكذا ابن عرفة ناقلا عن ابن رشد، ونص المقدمات: إذا وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوزه الشارع فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل [ويرد ⁶⁴³] الحائط إلى ربه. انتهى. ومفهوم قول المصنف: "إن وجبت أجره المثل" أنها لو لم تجب أجره المثل [بل وجبت مساقاة المثل لم تفسخ، وهو كذلك كما تقدم بيانه، وسيأتي بيان ما تجب فيه أجره المثل، ⁶⁴⁴] وما تجب فيه مساقاة المثل في الحالة الثالثة؛ وهي ما عثر على فساد المساقاة بعد تمام العمل، وكان ينبغي له رحمه الله تأخير الكلام على الحالة الثانية عن الحالة التي بعدها لأنها محتاجة إليها في بيانها كما فعل ابن الحاجب.

تنبيهه: إنما قلنا المساقاة تفسخ إذا عثر عليها في أثناء العمل إن كان الواجب فيها أجره المثل لأنه يكون للعامل حينئذ بحساب ما عمل، وإذا كان الواجب فيها مساقاة المثل فلا تفسخ؛ لأن الضرورة داعية إلى تمام العمل؛ لأن العوض على هذا التقدير إنما يرجع للعامل من الثمرة، ولأنه لو فسخناها لزم أن لا يكون للعامل شيء لما تقدم أنها كالجعل، لا شيء للعامل إلا بتمام العمل. قاله في التوضيح. ثم قال: وعلى هذا فلا بد أن يكون شرع في العمل بماله، بل أشار إليه عياض. انتهى.

⁶⁴¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى 183 والشيخ 290 ومايaby 49.

⁶⁴² - في المطبوع مساقاة المثل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 385 ويحيى 183 والشيخ 290 ومايaby 49.

⁶⁴³ * - في المطبوع ورد وما بين المعقوفين من يحيى 173 والشيخ 291 وم 135 ومايaby 50 وسيد 62.

⁶⁴⁴ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 وم ويحيى 183 والشيخ 291 ومايaby 50.

فرع: قال ابن عبد السلام في آخر كلامه على هذه المسألة: وقد [أنّج⁶⁴⁵] هذا أن إجارة المثل تتعلق بذمة رب الحائط، وأن مساقاة المثل لا تتعلق بذمته بل تكون في الحائط، وقد تقدم هذا المعنى في القراض مختلفا فيه. انتهى. الحالة الثالثة أن يطلع على فساد المساقاة بعد تمام العمل، والحكم فيها على مذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض/ الصور إجارة المثل وفي بعضها مساقاة المثل، وإليه أشار المصنف بقوله: "وبعده أجره المثل" إلى قوله "ولم يشبها"، والمعنى وإن اطلع على فساد المساقاة بعده - أي بعد الفراغ من العمل - فمذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض الصور إجارة المثل وفي بعضها مساقاة المثل، فتجب أجره المثل إن خرجا عنها - أي عن المساقاة - إلى الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ومثل ذلك بقوله: "كان ازداد" أحدهما على الجزء الذي اشترط في المساقاة "عينا أو عرضا"، لأنه إذا كانت الزيادة من رب الحائط فقد خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة، فكأنه استأجره على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو بالعروض وبجزء من ثمرته وتلك إجارة فاسدة، فوجب أن يرد إلى أجره المثل ويحاسبه رب الحائط بما كان أعطاه من أجره المثل ولا شيء له في الثمرة، وإذا كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عن المساقاة أيضا إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فكأنه اشترى منه الجزء المسمى في المساقاة بما دفع من الدنانير أو الدراهم أو العروض أو بأجرة عمله فوجب أن يرد إلى أجره مثله ويأخذ من رب الحائط ما زاده ولا شيء له من الثمرة، وإلا أي وإن لم يكونا خرجا عن المساقاة وإنما جاءها الفساد من جهة أنهما عقداها على غرر أو نحو ذلك فمساقاة المثل هي الواجبة في ذلك.

ثم ذكر المسائل التي تجب فيها مساقاة المثل وعدها تسعا فقال: "كمساقاته مع ثمر أطمع" يشير إلى قوله في المدونة: ومن طابت ثمرة نخله فساقاه هذه السنة وستين بعدها لم يجز وفسخ، [وإن جد⁶⁴⁶] العامل الثمرة كان له أجره مثله وما أنفق فيها، فإن عمل بعد جداد الثمرة لم تفسخ بقية المساقاة، وله استكمال الحولين الباقيين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا [أفسخها⁶⁴⁷] بعد تمام العام الثاني؛ إذ قد تقل ثمرة العام الثاني وتكثر في الثالث فأظلمه، وهذا كأخذ العرض قراضا إن أدرك بعد بيعه [وقبل⁶⁴⁸] أن يعمل فسخ وله أجر بيعه، [وإن عمل فله قراض مثله وله أجر بيعه⁶⁴⁹]. انتهى. ففهم منه أنه إذا اطلع على ذلك في العام الأول فسخت وكان له أجر مثله فيما سقى، وإن لم يطلع عليه حتى شرع في الثاني كان له أجره المثل في الأولى، ومساقاة المثل فيما بعدها كما صرح به اللخمي وصاحب المقدمات. "أو مع بيع" يعني أنه إذا ساقاه حائطه بجزء وباعه سلعة مع المساقاة ففي ذلك مساقاة المثل. نص عليه ابن رشد في البيان في أول كتاب المساقاة. قال: أو مع إجارة أو ما أشبه ذلك. انتهى. وانظر الشرح الكبير لبهرام "أو اشترط عمل ربه" يشير إلى قوله في المدونة: ولا يجوز أن يشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط بنفسه، فإن نزل

645 - في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 وم 135 ويحيى 183 والشيخ 291. وما يابى 50.

646 - في المطبوع وجد وما بين المعقوفين من يحيى 184 وسيد 62 وما يابى 51 وفي م 136 والشيخ 291 جد.

647 - في المطبوع وم 136 وما يابى 61 أفسخها وما بين المعقوفين من يحيى 184 والتهديب ج 3 ص 414.

648 - في المطبوع وإن أدى وبعد أن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 386 ويحيى 184 والشيخ 292 وما يابى 51.

649 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 ويحيى 184 والشيخ 292 وما يابى 51.

متن الخطاب فله مساقاة مثله. انتهى. وهذا بخلاف المسألة السابقة عند قوله: "أو مشاركة ربه" إذا قال رب الحائط لرجل تعال أسق أنا وأنت حائطي ولك نصف ثمره فإن في ذلك أجرة المثل كما تقدم، وقوله: "أو حملة لمنزله" يشير إلى ما قال في رسم البيوع من سماع أصبغ في أثناء المسألة الثانية منه. قلت: أرأيت إن اشترط عليه حمل نصيبه إلى منزله إلى المدينة، أو اشترط ذلك المساقى على العامل؟ قال: لا خير فيه هذه زيادة [يزدادها].⁶⁵⁰ قلت: أرأيت إن كان ذلك قريبا؟ قال: ما يعجبني إلا أن يكون شيء ليس عليه فيه مؤنة.

قلت: أرأيت إن كان قريبا الميل وما أشبهه؟ قال: ما يعجبني، وقاله أصبغ. قال: وإن وقعت فيه المساقاة في المكان البعيد وفاتت رد إلى مساقاة مثله بلا حملان عليه وسقط الجزء الذي بينهما في الشرط. ابن رشد: أما اشتراطه على العامل حمل نصيبه إلى منزله فكرهه ابن القاسم، إلا أن يكون شيئا ليس فيه مؤنة وكراهيته بينة لأنها زيادة زادها رب الحائط على العامل، إلا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع، والذي يأتي على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم أن يرد إذا فات إلى إجارة مثله إلا في المكان القريب فيشبه أن يرد فيه إلى مساقاة مثله استحسانا، وأما قول أصبغ إنه يرد إلى مساقاة مثله في المكان البعيد فهو بعيد لا يتخرج إلا على قول من يرد العامل في المساقاة الفاسدة كلها إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل. انتهى.

وقال ابن رشد أيضا في المقدمات إثر كلامه السابق: واختلف إذا فانت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق/ عمله على أربعة أقوال: أحدها [أنه]⁶⁵¹ يرد إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل، والثاني أنه يرد إلى أجرة مثله من غير تفصيل، والثالث أنه يرد في بعض الوجوه إلى إجارة مثله، وفي بعضها إلى مساقاة المثل، وهو قول ابن القاسم، وذلك استحسان وليس بقياس، والأصل عنده أن المساقاة إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها بما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيدها إياه خارجة عنها فإنه يرد إلى إجارة المثل، وذلك مثل أن يساقيه في حائط على أن يزيده أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم أو عرضا من العروض وما أشبه ذلك لأنه إذا ساقاه على أن يزيده صاحب الحائط دنانير أو دراهم أو عرضا من العروض فقد [استأجره]⁶⁵² على عمل حائطه بما أعطاه بجزء من ثمرته، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله، وإذا زاده العامل فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه وبعمله فيرد إلى إجارة مثله، وأما إذا لم يخرجها عن حكمها وإنما عقداها على غرر مثل أن يساقيه حائطا على النصف وآخر على الثلث أو ما أشبه ذلك أو اشترط أحدهما على صاحبه من عمل الحائط ما لا يلزم مما لا يبقى لرب الحائط [فيه]⁶⁵³ [منفعة]⁶⁵⁴ مؤبدة فإنه يرد في ذلك إلى

387

⁶⁵⁰ * - في المطبوع تزادها وما بين المعقوفين من يحيى 184 وما يابى 51 والشيخ 292 وسيد 62.

⁶⁵¹ * - في المطبوع وم 136 أن وما بين المعقوفين من يحيى 174 وسيد 62 وما يابى 51 والشيخ 292 والمقدمات ج 2 ص 556.

⁶⁵² - في المطبوع استأجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى 184 والشيخ 292 وما يابى 51.

⁶⁵³ - ساقطة من المطبوع وم 136 ويحيى 184 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 والشيخ 292 وما يابى 51.

⁶⁵⁴ - في المطبوع وم 136 وسيد 62 وما يابى 51 لرب الحائط منفعة وفي يحيى 184 منفعة مؤبدة والمقدمات ج 2 ص 557 لرب الحائط منفعة مؤبدة وما بين المعقوفين من الشيخ 292.

متن الخطاب مساقاة مثله، وهذه جملة [يأتي⁶⁵⁵] عليها مسائل كثيرة، والرابع أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان الشرط للمساقي أو أقل. انتهى. والقول الثالث في كلام ابن رشد الذي هو قول ابن القاسم هو الذي ذكره المصنف، ونقله عياض أيضاً وأطلقه، ولم يقيده بقرب المكان ولا بغيره، ونقله عنه في التوضيح وتبعه هنا، وقوله: "أو على أن يكفيه مؤنة آخر" يشير [به⁶⁵⁶] إلى ما في أول [رسم من⁶⁵⁷] سماع عيسى: قيل له فحائط ساقاه صاحبه رجلا على أن يكفيه مؤنة حائط له آخر؟ قال: هذا حرام. قيل له فقد وقع؟ قال: يعطى في الذي اشترط عليه كفايته أجرة مثله، ويرد إلى مساقاة مثله في الآخر. ابن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة أنه يعطي أجرة مثله في الحائط الذي اشترط عليه كفاية مؤنته، ويرد في الآخر إلى مساقاة مثله وهو على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم. انتهى.

وقال أبو الحسن: فإن نزل فله مساقاة مثله في الذي يعمل فيه وله أجرة مثله في الآخر. قاله في سماع عيسى، وفي الموازية هو أجير في الحائطين، وقوله كاختلافهما ولم يشبهها. قال في كتاب القراض من المدونة: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال إلا أن يرضى بقول ربه، وإن اختلفا بعد العمل فالقول قول العامل كالصانع إذا جاء بما يشبه، وإلا رد إلى قراض المثل، وكذلك المساقاة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: هذا التشبيه إنما يرجع للوجه الثاني إذا اختلفا بعد [العمل⁶⁵⁸] ولا يرجع للوجه الأول؛ لأن في المساقاة إذا اختلفا يتحالفان ويتفاسخان، وقال قبله في قوله: "وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال"؛ لأن القراض عقد جائز غير لازم، بخلاف المساقاة إنهما يتحالفان وإن لم يعمل لأنها عقد لازم. انتهى.

وقال في المدونة في كتاب المساقاة: وإن اختلفا في المساقاة فالقول قول العامل فيما يشبه. قال أبو الحسن: يعني في قلة الجزء وكثرته، وقوله القول قول العامل يريد بعد العمل، فإن لم يعمل تحالفا وتفاسخا، ثم ذكر لفظها في القراض. ثم قال: قوله: "وإلا رد إلى قراض مثله"؛ يعني إذا أتى رب المال بما لا يشبه، وكذلك المساقاة إذا أتيا بما لا يشبه رد إلى مساقاة مثله. انتهى مختصراً. وقال اللخمي: إن اختلفا في الجزء قبل العمل وأتيا بما لا يشبه تحالفا وتفاسخا، ويختلف [إن⁶⁵⁹] أتى أحدهما بما يشبه دون الآخر هل القول قوله مع يمينه أو يتحالفان ويتفاسخان؟ قال: وإن اختلفا بعد العمل فالقول للعامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه وأتى الآخر بما يشبه حلف، ولم يكن للعامل إلا ما حلف عليه صاحبه، فإن نكل عن اليمين أو أتيا بما لا يشبه رد إلى مساقاة المثل.

انتهى. / وعزا الشارح والمصنف في التوضيح هذه المسألة للقرافي.

تنبيهان: الأول: يفهم من كلامهم أنه إذا أتى كل واحد منهما بما يشبه كان القول قول العامل فتأمل. والله أعلم.

388

655 * - في يحيى 174 تأتي.

656 - ساقطة من المطبوع وم 136 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى 184 والشيخ 292 وما يابى 52.

657 - ساقطة من المطبوع ويحيى 184 وما يابى 51 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 والشيخ 292.

658 - في المطبوع الفعل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 387 وم 136 وسيد 62 ويحيى 184 والشيخ 293 وما يابى 52.

659 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى 184 والشيخ 292 وما يابى 52.

نص خليل وَإِنْ سَاقَيْتَهُ أَوْ أَكْرَيْتَهُ فَأَلْفَيْتَهُ سَارِقًا لَمْ تَنْفَسِخْ وَلَيْتَحَفَظَ مِنْهُ كَبَيْعِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِفَلْسِهِ وَسَاقِطُ النَّخْلِ كَلَيْفِ كَالثَّمَرَةِ وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصَّحَّةِ.

متن الخطاب الثاني: قال ابن عرفة: عبد الحق عن بعض شيوخ صقلية: ما فيه مساقاة المثل فالعامل فيه أحق من الغرماء بالثمرة في الموت والفلس، وكذا ما يرجع فيه لقراض المثل في القراض؛ يريد وما يرجع فيه لأجرة المثل لا يكون في القراض أحق في موت ولا فلس، وفي المساقاة يكون أحق في الفلس لا في الموت. انتهى. وهذه آخر مسألة في كتاب المساقاة منه. والله أعلم.

ص: وَإِنْ سَاقَيْتَهُ أَوْ أَكْرَيْتَهُ فَأَلْفَيْتَهُ سَارِقًا لَمْ تَنْفَسِخْ وَلَيْتَحَفَظَ مِنْهُ ش: قال في كتاب المساقاة من المدونة: ومن ساقيته حائطك أو أكرت منه دارك ثم ألفيته سارقا لم يفسخ لذلك سقي ولا كراء وليتحفظ منه، وكذلك من باع من رجل سلعة إلى أجل وهو مفلس ولم يعلم البائع بذلك فقد لزمه البيع. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: في كل هذا نظر، وهذا عيب، وليس يقدر أن يتحفظ من السارق. ثم قال: قوله: "سارقا" يخاف أن يذهب بالثمرة أو يقلع الجذوع وفي المكثري يخاف منه أن يبيع أبوابها. انتهى. وفي كتاب الجعل والإجارة من المدونة في آخر ترجمة الأجير يفسخ إجارته في غيرها: ومن استأجر عبدا للخدمة فألفاه سارقا فهو عيب يرد به؛ فقليل الفرق بينهما أن الأجير في الخدمة لا يقدر أن يتحفظ منه.

قال الشيخ أبو الحسن: وقال عبد الحق وابن يونس: الفرق بينهما أن الكراء في العبد للخدمة ووقع في منافع معينة فهو كمن اشترى دابة فوجد بها عيبا، بخلاف المكثري والفلس والمساقي إنما وقع الكراء على الذمة فإن لم يقدر على التحفظ منه أكرى عليه وسوقي عليه ولم يفسخ العقد. انتهى. فقول المصنف: "أو أكريته" أي أكرت منه بيتك أو متاعك، واحترز به مما لو أكرى نفسه للخدمة فإنه عيب يرد به كما تقدم عن المدونة، وقول المصنف: "وليتحفظ منه" يريد إذا أمكن التحفظ، فإن لم يمكن أكرى عليه الحاكم أو ساقى كما تقدم عن أبي الحسن.

ص: وساقط النخل كليف كالثمرة ش: قال في الشامل: وساقط النخل من ليف وجريد ونحوهما كالثمرة. انتهى. وقال في المدونة: وما كان من سواقط النخل أو ما يسقط من بلح وغيره والجريد والليف [وتبن⁶⁶⁰] الزرع بينهما على ما شرطا من الأجزاء. انتهى.

ص: والقول لمُدَّعِي الصَّحَّةِ ش: هكذا قال في المدونة. قال في الشامل: وصدق مدعي الصحة بعد العمل وإلا تحالفا وفسخت. انتهى. وقال اللخمي: القول قول مدعي الحلال، سواء كان اختلافهما قبل العمل أو بعده ويحلف على ذلك قبل العمل، وفصل في توجيه اليمين في اختلافهما بعد العمل، وكلام ابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى يدل على أن القول قول مدعي الصحة قبل العمل وبعده أيضا. فتأمل ذلك مع كلام الشامل. والله أعلم.

الحديث

660 - في المطبوع ومن وم ويحيى 185 وما يابى 53 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 388 وهو الذي في مطبوعة التهذيب ج 3 ص 417.

نص خليل

وَأَنْ قَصَرَ عَامِلٌ عَمَّا شَرَطَ حُطٌّ بِنِسْبَتِهِ فَصَلَ يُدَبُّ الْغَرْسُ وَجَارَتْ الْمُغَارَسَةُ فِي الْأَصُولِ أَوْ مَا يَطُولُ مُكُتُّهُ كَزَعْفَرَانٍ وَقُطْنٍ إِجَارَةً وَجَعَالَةً بَعْوَضٍ وَشَرِكَةً جُزْءٍ مَعْلُومٍ فِي الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ لَا فِي أَحَدِهِمَا وَدَخَلَ مَا بَيْنَ الشَّجَرِ مِنَ الْأَرْضِ إِنْ لَمْ يَسْتَتْنِهِ أَوَّلًا إِنْ اتَّفَقَا عَلَى قَدَرٍ مَعْلُومٍ تَبْلُغُهُ الشَّجَرُ وَلَا تَمَرُّ دُونُهُ كَتَحْدِيدِهَا بِالْإِثْمَارِ أَوْ أَجَلٍ لَا بَعْدَهُ وَحُمِلًا عَلَيْهِ عِنْدَ السَّكُوتِ وَصَحَّتْ كَاشْتِرَاطِهِ عَلَى الْعَامِلِ مَا خَفَتْ مُؤْنَتُهُ كَزَرْبٍ لَا مَا عَظُمَ مِنْ بُئْيَانٍ وَهَلْ تَلَزَمَ بِالْعَقْدِ أَوْ إِلَّا أَنْ يَشْرَعَ فِي الْعَمَلِ خِلَافُ وَعَمِلَ الْعَامِلُ مَا دَخَلَ عَلَيْهِ عُرْفًا أَوْ تَسْمِيَةً وَضَمِنَ إِنْ فَرَطَ فَإِنْ عَجَزَ أَوْ غَابَ بَعْدَ الْعَقْدِ وَعَمِلَ رَبُّهُ أَوْ غَيْرُهُ فَهُوَ عَلَى حَقِّهِ إِنْ شَاءَ وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ إِلَّا أَنْ يَتْرُكَهُ أَوَّلًا وَوَجِبَ بَيَانُ مَا يُغْرَسُ كَعَدِيدِهِ إِلَّا أَنْ يُعْرِفَ عِنْدَ أَهْلِهِ وَمُنْعَ جَمْعُهَا مَعَ بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ كَجُعْلٍ وَصَرْفٍ وَمُسَاقَاةٍ وَشَرِكَةٍ وَبِكَاحٍ وَقِرَاضٍ وَقَرْضٍ وَأَقْتَسَمَا إِنْ بَلَغَ الْحَدَّ الْمُشْتَرَطَ أَوْ تَوَلَّيَا الْعَمَلَ وَإِنْ هَلَكَتِ الْأَشْجَارُ بَعْدَهُ فَالْأَرْضُ بَيْنَهُمَا وَلَا شَيْءٌ لِلْعَامِلِ فِيمَا قَلَّ إِنْ بَطَلَ الْجُلُ إِلَّا أَنْ يَتَمَيَّزَ بِنَاحِيَةٍ أَوْ كَانَ لَهُ قَدَرٌ بِخِلَافِ الْعَكْسِ وَلَيْسَ لَهُ قَبْلَهُ جُعْلٌ كَقَبْلِ إِلَّا بِإِذْنٍ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ حُمِلًا عَلَى الْعُرْفِ وَالْقَوْلِ لِمُدَّعِي الصَّحَّةِ إِلَّا أَنْ يَغْلِبَ الْفَسَادُ وَفُسِخَتْ فَاسِدَةٌ إِنْ كَانَتْ بِلَا عَمَلٍ مِنَ الْعَامِلِ قَبْلَ ظُهُورِ فَسَادِهَا وَإِلَّا فَهَلْ تَمْضِي وَيَتَرَادَانِ الْأَرْضَ وَالْعَمَلَ إِنْ جُعِلَ لِلْعَامِلِ جُزْءٌ أَوْ كَانَ كَذَلِكَ فَلَهُ قِيَمَةُ غَرْسِهِ وَعَمَلِهِ فَقَطُّ وَإِلَّا فَفِي كَوْنِهِ كِرَاءٌ فَاسِدًا أَوْ إِجَارَةً فَاسِدَةً كَذَلِكَ قَوْلَانِ تَرَدُّدُ وَمَا فَاتَ مِنْ غَلَّةٍ رَجَعَ صَاحِبُهَا بِمِثْلِهَا إِنْ عُلِمَتْ كَالْبَيْتِيِّ فِي غَيْرِهَا وَإِذَا غَرَسَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَوْ بَنَى فَلِلْآخَرِ الدُّخُولُ مَعَهُ وَيُعْطِيهِ قِيَمَةُ ذَلِكَ قَائِمًا.

ص: وإن قصر عامل عما شرط حط بنسبته ش: وهذا بخلاف ما لو جاء مطر ودخل الحائط فلم يحتج إلى سقي في مدة من الزمان فلا رجوع عليه بشيء من أجرة السقي. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم. قال ابن رشد: هذا لا خلاف فيه أنه لا رجوع لواحد منهما على صاحبه إن زاد العمل على المعهود أو/ نقص [عنه، ⁶⁶¹] بخلاف ما لو استأجر لسقي حائط في زمن معلوم فجاء المطر فأقام فيه حيناً لوجب أن يحط من إجارته بقدر ما أقام الماء في الحائط. انتهى بالمعنى. والله الموفق.

كتاب الاجارة قال في القاموس: الأجر الجزاء على العمل كالإجارة مثلثة. انتهى. وقال القرافي في الذخيرة: ويقال آجر بالمد والقصر وأنكر بعضهم المد وهو منقول. قال: ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال، وهي منافع خصصت للإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرف في تخصيص كل نوع [تحتة ⁶⁶²] جنس باسم ليحصل التعارف عند الخطاب قال: وقد غلب وضع الفعالة بالكسر للصنائع نحو الصناعة والخياطة والتجارة، والفعالة بالفتح لأخلاق النفوس نحو السباحة والشجاعة والفصاحة، والفعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو الكناسة والقلامة والفضالة والنخالة. انتهى.

متن الخطاب

389

الحديث

661 - في المطبوع منه وما بين المعقوفين من يحيى 185.

662 - في المطبوع تحت وما بين المعقوفين من ن عود ص 389 ويحيى 185 والشيخ 292 وما يابى 53.

باب صحّة [الإجارة⁶⁶³ س] بعاقِدٍ وأجرٍ كالْبَيْعِ. نص خليل

متن الحطاب وقال في اللباب: حقيقتها تمليك منفعة غير معلومة زمنًا معلوما بعوض معلوم. انتهى. وقال ابن عرفة: حدها عرفًا بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعضه بتبعيضها. فيخرج كراء الدور والأرضين والسفن والرواحل والقراض والمساقاة والمغارسة والجعل، وقول القاضي: "معاوضة على منافع الأعيان" لا يخفى بطلان طرده، ونحوه قول عياض بيع منافع معلومة بعوض معلوم مع خروج فاسدها. انتهى. وقال البرزلي: قال الغرناطي: الإجارة تطلق على منافع من يعقل والأكرية على منافع [ما⁶⁶⁴] لا يعقل. البرزلي: يريد اصطلاحًا، وقد يطلق أحدهما على الآخر ففي غيرها [و⁶⁶⁵] إن استأجرت منه دارًا بثوب إلى آخره. انتهى. وقال في اللباب: وقد خص تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع الممتلكات باسم الكراء. انتهى. والموثقون المتقدمون يستفتحون عقود الأراضي والجنات بلفظ تقبل، ومعنى الجميع واحد. انتهى. وقال ابن عرفة: وقولها يجوز أن يستأجر طريقًا في دار رجل ومسيل مصب مرحاض لا يخفى أنه من باب المجاز لأنه أخف من الاشتراك. اهـ.

قال في اللباب: وحكمها الجواز ابتداءً، وال لزوم بنفس العقد ما لم يقتترن به ما يفسدها. وقال ابن عرفة: محمد: وهي جائزة إجماعًا. الصقلي: خلاف الأصم فيها لغو؛ لأنه مبتدع، وفيها مع غيرها: عقدها لازم كالبيع. انتهى. وقد يعرض لها الوجوب إذا لم يجد الإنسان من يستأجره بل بنفسه ووجبت إعانتة. نقله الأبي عن ابن عرفة في حديث نزول السيد عيسى. وحكمة مشروعيتها قال في اللباب: التعاون ودفع الحاجات، وقد نبه الله على ذلك بقوله: ﴿ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضًا سخريًا﴾ انتهى.

ص: باب صحة الإجارة بعاقِدٍ وأجرٍ كالْبَيْعِ ش: ذكر رحمه الله من أركانها العاقد، وهو شامل للمؤجر والمستأجر، وذكر الأجر وسيذكر/ المنفعة، ولم يذكر الصيغة، وكذلك ابن شاس وابن الحاجب والقرافي وابن عرفة، وذكرها صاحب اللباب فقال: هي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك المنفعة بعوض. انتهى.

تنبيه: لا يرد على المصنف مسألة الخياط المخالط يستخيطة الثوب، فإذا فرغ أرضاه قال مالك: لا بأس بها لأنها نادرة، وبهذا اعتذر عن ابن الحاجب، ومسألة الخياط هذه هي في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من الجعل والإجارة، ونصها: وسئل عن الخياط الذي بيني وبينه الخلطة ولا يكاد يخالفني أستخيطة الثوب، فإذا فرغ منه وجاء به أرضيه على شيء أدفعه إليه؟ قال: لا بأس

390

الحديث

⁶⁶³ س - ابن عرفة هي بيع صوابه عقد على منفعة خرج بيع الذات ما أمكن نقله (كثياب خرج به الدار والأرض فالعقد على منافعهما كراء للإجارة) غير سفينة ولا حيوان لا يعقل (خرج به كراء الرواحل) بعوض (متعلق ببيع) غير ناشئ عنها (خرج القراض والمساقاة) بعضه (أي العوض) يتبع بعضه بتبعيضها أي المنفعة فخرج الجعل انتهى. وكتب عليه بخط يده ما نصه بعضه من قوله بعضه يتبع بعض الخ زدته خوف نقض عكسه بمثل قول الله تعالى إني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثماني حجج فإنها إجارة إجماعًا لقولها يثبت استأجره والعوض فيها لا يتبع بعضه من الرصاص وأشار له عب قال أجاب به ثاني يوم توقفه هو وأهل مجلسه في زيادتها ورغبته إلى الله تعالى في فهمها.

⁶⁶⁴ - في المطبوع من ويحيى 185 وما يابى 53 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 389.

⁶⁶⁵ - ساقطة من المطبوع ويحيى 185 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 389 وما يابى 53.

بذلك. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الناس استجازوه ومضوا عليه، وهو نحو ما يعطى الحجام من غير أن يشارط على عمله قبل أن يعمل ما يعطى في الحمام والمنع من هذا وشبهه تضيق على الناس وحرّج في الدين وغلو فيه. قال الله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ وقال: ﴿قل يا أهل الكتاب لا تغلوا في دينكم﴾ ومما يدل على جوازه من السنة ما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجمه أبو طيبة فأمر له بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا من خراجهم، وكره النخعي أن يستعمل الصانع حتى يقاطع بشيء مسمى، وكره ذلك ابن حبيب أيضا قال: ولا يبلغ التحريم والأمر في ذلك واسع. انتهى. ونقله ابن عرفة.

فرع: قال في الذخيرة عن ابن يونس: إذا قلت خطه بدرهم وقال بدرهمين فخاطه فليس له إلا درهم. قاله ابن القاسم. لأنك أعلمته بما ترضى به، وكذلك قول ساكن الدار. انتهى. وفي النوادر عن مالك من رواية ابن المواز من دفع ثوبا لخياط فقال لا أخيطه إلا بدرهمين، وقال ربه لا أخيطه إلا بدرهم، وجعله عنده فخاطه ليس له إلا درهم قال: ومن سكن منزلا فقال له ربه بدينارين في السنة، وقال الساكن لا أعطي إلا دينارا وإلا خرجت إن لم ترض، فسكن ولم يجبه بشيء حتى تمت السنة قال: لا يلزمه إلا دينار. انتهى. ومسألة الخياط لا تشبه مسألة كراء المنزل؛ لأن رب الثوب لم يتول استيفاء المنفعة بنفسه فلذلك لم يفرقوا فيها بين تقدم قول الخياط وقول صاحب الثوب، بخلاف المنزل فإن المستأجر تولى استيفاء المنفعة بنفسه مع علم رب المنزل بذلك، ففرقوا في ذلك بين تقدم قول الساكن وتأخر قوله عن قول صاحب المنزل. قاله ابن رشد في نوازل سحنون من جامع البيوع. وذكر فيه أيضا أن حكم ما أتلفه المشتري من السلع بحضرة ربه حكم ما ذكر من استيفاء المستأجر للمنفعة مع علم رب المنزل بذلك أنه يلزم من قوليهما الآخر، وقد تكلم على هذه المسألة بكلام جيد، وفرق فيه بين مسألة نوازل سحنون ومسألة سماع عيسى من كراء الدور [وغيرهما]⁶⁶⁶ من الروايات فانظره. والله أعلم.

تنبيه ثان: علم من تشبيه الأجرة بالثمن أنه يشترط فيها أن تكون معلومة الجملة والتفصيل أو التفصيل دون الجملة؛ لأن المذهب جواز ذلك في البيع، وقيل لا يجوز، وقيل بالكراهة على ما تقدم في البيع، ونقل القول بالمنع في التوضيح عن خارج المذهب، ونقله ابن عرفة عن ابن أبي [سلمة]⁶⁶⁷ وسحنون، فعلى هذا لا تمتنع حراسة الأندر كل أردب مثلا بقدر؛ لأنه معلوم التفصيل مجهول الجملة ما لم يقترن بذلك ما يفسده من أعمال مجهولة ونحو ذلك، وقد ذكر البرزلي في أوائل مسائل الجعل والإجارة أن ابن أبي زيد سئل عن حراس الزرع والزيتون ليلا ونهارا بالضمان أو بغيره على أن كل قفيز عليه مدان أو ثلاثة، وهل يلزمهم تفريغ الشباك والأحمال أم لا؟ فقال: أما استئجارهم لكل قفيز مدان فجائز، فإن شرطوا تفريغ الشباك ونزول الأحمال فيلزم، وشرط الضمان عليهم لا يلزم، وله أجرة مثله ممن لا ضمان عليه. البرزلي: يجري على شرط ضمان ما لا يضمن في الإجازات

1- عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال حجم أبو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا من خراجهم. البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، رقم الحديث 2102.

⁶⁶⁶ * - في سيد 63 ويحيى 176 وغيرها.

⁶⁶⁷ * - في المطبوع وسيد 63 وما يابى 54 مسلمة وما بين المعقوفين من م 137 ويحيى 176 ويم 2.

متن الخطاب والعواري وفيه خلاف، والمشهور ما قاله، وقوله: "كل قفيز بمدين جائز" معناه إذا عرف صفتها كما قال، ويتوصل إلى معرفته بفرك سنبله، ولا يراعى كثرة الأقفزة من قلتها لأنه مأخوذ من كل قفيز، فهو مجهول الجملة معلوم التفصيل، وهو جار على المذهب أيضا من جواز بيع الحنطة في سنبلها. وفي الذخيرة عن الأبهري ما يقتضي المنع. قال الأبهري: يمتنع حمل الزرع على أن له في كل مائة أردب تخرج عشرة أردب؛ إذ لا يدري كم يخرج أردب، وتجاوز بالقتة لأنها تحزر، ولعل هذا على القول بعدم جواز ذلك [في⁶⁶⁸] البيع، وهذا هو الظاهر. والله أعلم. وسئل أيضا عن حراستهم الأندر [كله⁶⁶⁹] بأقفزة معلومة، ومنهم من يصيب ألفا ومائة قفيز أو أقل أو أكثر هل هو على قدر الرؤوس أو الصابة؟ فأجاب: استئجارهم الأندر بأقفزة معلومة إن كان قبل حصوله في الأندر ورؤيته فلا يجوز، وبعد رؤيته وحصوله فجائز، ويكون مفضوضا على قدر الصابة، ووقع لسحنون أنه على الرؤوس، والأول أحب إلي. قال البرزلي: وهذه إحدى المسائل التي اختلف فيها هل هي على قدر الأنصاء أو على الرؤوس؟ انتهى. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في أكرية الدور: ولو سكن أجنبي طائفة من دارك وقد علمت به فلم تخرجه لزمه كراء ما سكن. أبو الحسن: لاحتمال تركه له للإرفاق، وكونه على جهة الإجارة، فلما احتمل الوجهان كان الأصل أن الأملاك على ملك مالكةا، ولا يمين عليه إلا أن يدعي عليه بالنص أنه أرفقه فيختلف في يمينه على الخلاف في دعوى المعروف، وأما إن لم يقيم عليه إلا بسكوته فلا يمين. انتهى. فرع: قال البرزلي في أواخر الوكالات: وفي نوازل ابن الحاج: إذا خرج أحد الشريكين في دين لاقتضائه دون إذن صاحبه فاقتضاه أو بعضه وطلب الأجرة من صاحبه وجبت له بعد حلفه أنه ما خرج لذلك متطوعا. قلت: إلا أن تشهد العادة أن مثله لا يأخذ أجرة فيما ولي، أصله مسألة كتاب العارية وكراء الدور إذا سكن طائفة من داره بغير إذنه. انتهى. وفي رسم طلق من سماع ابن القاسم من الرهون: وسئل مالك عن رجل يرهن الدار من رجل يضعها على يديه ويقتضي غلتها ويقوم في ذلك ثم يطلب أن يعطى في ذلك أجرا فيما قام به؟ قال: من الناس من يكون له ذلك، ومنهم من لا يكون له ذلك، فأما الرجل الذي مثله يشبه أن يعمل بأجر ومثله يؤاجر نفسه في مثله فإن طلبه فأرى ذلك له، وأما من مثله [لا يلي⁶⁷⁰] فلا أرى له ذلك. ابن رشد: هذا نحو ما في رسم [جاع فباع امرأته⁶⁷¹] من كتاب الجعل من سماع عيسى أنه يكون له إجارة مثله إن كان يشبه أن يكون مثله يعمل بالإجارة، وإنما له

392

⁶⁶⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 391 ويم 2 ويحيى 186 والشيخ ومايaby 55.

⁶⁶⁹ * - في المطبوع كلها وما بين المعقوفين من سيد 63 وم 137 ويم 2 ويحيى 186 ومايaby 55.

⁶⁷⁰ * - في المطبوع يعني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يم 2 وفي البيان والتحصيل ج 11 ص 23 يعين.

⁶⁷¹ * - في المطبوع في رسم جامع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم والبيان ج 11 ص 23.

ذلك بعد يمينه ما [قام⁶⁷²] في ذلك وعنى [فيه⁶⁷³] احتسابا، وإنما فعل ذلك ليرجع بحقه فيه على معنى ما قاله في أول سماع يحيى من الكتاب المذكور. انتهى. وله أيضا في سماع يحيى من كتاب البضائع والوكالات قريب من هذا، وفي سماع ابن القاسم منه مسألة طالب النفقة على البضاعة كالقراض، وفي التوضيح وابن عرفة في كتاب القراض شيء من هذا المعنى، وقال في آخر كتاب الرهون من الذخيرة: إذا تهدمت دار فتقوم عليها فلك الأجرة إن كان مثلك يعمل ذلك بأجرة بعد أن تحلف ما تبرعت. انتهى. والقاعدة المذهبية في إيصال النفع للغير ذكرها ابن الحاجب في أواخر الإجارة وكذا ابن عرفة، وذكرها القرافي في الرهون وفي اللقطة. وقال في المسائل الملقطة: إذا عجز صاحب الدابة عن علفها وسيبها فأعلفها غيره ثم وجدها ربها. قال مالك: هو أحق بها؛ لأنه مكره على تركها بالإضرار لذلك، ويدفع ما أنفق عليها، وقيل هي لعلفها لإعراض المالك عنها. ذكر ذلك القرافي في الفرق التاسع والثلاثين والمائة، وفي الذخيرة في الركن الثالث من الإجارة: ولا شيء عليه في قيامه عليها لأنه قام لنفسه. انتهى. وعلم من تشبيه العاقد هنا بعاقده البيع أن الصبي المميز إذا أجر نفسه بغير إذن وليه صح ووقف على رضاه، وقد نص على ذلك في المدونة. قال في المتيطة: وليس لذي الأب والوصي أن يؤجرا أنفسهما دون إذنهما، فإن فعلا نظرا في ذلك، فما رأياه من رد أو إمضاء فعلاه ما لم يعمل، فإن عملا كان لهما الأكثر من المسمى وأجرة المثل، فإن أصابهما من سبب العمل شيء فلهما قيمة ما نقصهما أو ديتهما إن هلكا، ولهنا الأجرة إلى يوم أصابهما ذلك، وليس لهما فيما أصابهما من غير سبب العمل شيء. انتهى.

فرع: قال في المتيطة: وإن أجر الرجل ابنه من نفسه أو من غيره ومثله لا يؤاجر فسخت الإجارة وأنفق الأب عليه إن كان الأب غنيا والابن عديما لا مال له، فإن كان له مال أنفق عليه منه وله أن يؤاجره فيما لا معرفة على الابن فيه، وإن كان الأب فقيرا أو مقلًا، أو يريد تعليم الابن فيجوز له ذلك حينئذ وينفق عليه من أجرته فإن فضل شيء حبسه عليه، وليس له أن يأكل مما فضل من عمل الصبي وإن كان فقيرا خوفا من أن لا يتمكن الصبي من العمل فيما يستقبل أو يمرض فلا يجد ما يأكل، وقال ابن لبابة: لا بأس أن يكون بالمعروف. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: قال المتيطي وابن فتوح: ويجوز عقد الحاضنة على محضونها أما كانت أو غيرها ولا ينفسخ إلا أن يزداد الصبي في أجرته فتقبل الزيادة ويفسخ عقد الأم، وينظر له/ أحسن المواضع ولو كان بأقل من موضع آخر، ولا تقبل الزيادة في عقد الوصي إلا أن يثبت أن فيه غبنا على اليتيم. انتهى.

فرع: قال في المتيطة: ولا يجوز استئجار الأعزب المرأة لتخدمه في بيته، مأمونا كان أو غيره، فإن كان له أهل جاز إن كان مأمونا وكانت المرأة متجالة لا أرب للرجال فيها أو كانت شابة ومستأجرها

393

672 - في المطبوع أقام وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 63 وما يابى 55 ويم 2

والبيان والتحصيل ج 11 ص 23.

673 - في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن ذي ص 392 ويحيى 186 وما يابى 55.

نص خليل

وَعَجِّلَ إِنْ عَيْنَ أَوْ بَشْرَطٍ أَوْ عَادَةٍ أَوْ فِي مَضْمُونَةٍ لَمْ يَشْرَعْ فِيهَا إِلَّا كَرِي حَجٍّ فَالْيَسِيرُ وَالْأَفْمِيَاوَمَةُ
وَفَسَدَتْ إِنْ انْتَفَى عُرْفُ تَعْجِيلِ الْمُعَيَّنِ.

متن الحطاب

شيخ كبير فإن ذلك جائز. انتهى. ونحوه في اللخمي، ونقله ابن عرفة، وفي الجعل منها في ترجمة
إجارة نزو الفحل: وأكره للأعزب أن يؤاجر حرة ليس بينه وبينها محرم، أو أمة لخدمة يخلو معها
أو يعادلها في محمل. انتهى. أبو الحسن الكبير: انظر هل الكراهة على بابها أو على المنع لأن فيه
خلوة؟ وعلى هذا حملة اللخمي وقال: لم يجز، وكذا نقله المتيطي وابن فتوح، وفي رسم لم يدرك من
سماع عيسى من النكاح: وسئل عن المرأة العزبة الكبيرة تلجأ إلى الرجل فيقوم لها بحوائجها ويناولها
الحاجة هل ترى له ذلك حسناً؟ قال: لا بأس به، وليدخل معه غيره أحب إلي، ولو تركها الناس
لضاعت. ابن رشد: وهذا على ما قال إنه جائز للرجل أن يقوم للمرأة الأجنبية في حوائجها ويناولها
الحاجة إذا غض بصره عما لا يحل له النظر إليه مما لا يظهر من زينتها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ
زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ وذلك الوجه والكفان على ما قاله أهل التأويل، فجائز للرجل أن ينظر
إلى ذلك من المرأة عند الحاجة والضرورة، فإن اضطر إلى الدخول عليها أدخل غيره معه ليبعد سوء
الظن عن نفسه، فقد روي أن رجلين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لقيا النبي صلى الله عليه
وسلم ومعه زوجته صفية رضي الله عنها فقال لهما إنها صفية فقالا: سبحان الله يا رسول الله فقال:
{إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم وإني خشيت أن يقذف في قلوبكما فتهلكا} [أو كما قال
صلى الله عليه وسلم] ⁶⁷⁴ [1] انتهى.

ص: وعجل إن عين أو بشرط أو عادة أو في مضمونة لم يشرع [فيها] ⁶⁷⁵ [إلا كرى حج
فاليسير/ وإلا فميأومة ش: اعلم أن التعيين تارة يكون في الأجرة، وتارة يكون في المنفعة المستأجرة،
واعلم أنه يقضى بتعجيل الأجرة إذا شرط التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئاً بعينه أو شيئاً مضموناً
في الذمة، وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت العادة التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئاً معيناً أو شيئاً
مضموناً، وسواء في ذلك الأجرة المعينة والمضمونة، وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت المنفعة المستأجرة
مضمونة في ذمة الأجير وتأخر شروعه في العمل يومين، وأما لو أخره إلى يوم واحد فيجوز التقديم
والتأخير. وقول المصنف: "إن عين" مستغنى عنه لأن الأجر إذا كان معيناً، فإن شرط تعجيله أو كان
العرف تعجيله صحت الإجارة، وقضى بتعجيله للشرط والعرف، وهو مستفاد من قوله: "أو بشرط أو
عادة" وإن لم يكن شرط ولا عرف فالإجارة فاسدة كما سيصرح به المؤلف فتأمل.

ولا يرد هذا على ابن الحاجب لأنه لا يفسد عنده إلا إذا كان العرف التأخير، فيحمل قوله: "يعجل
إن كان معيناً" على ما إذا لم يكن عرف ولا اشترط التعجيل، وهو خلاف قول ابن القاسم كما قاله في
التوضيح. قال في أوائل كراء الرواحل منها: ومن اكرت دابة لركوب أو حمل أو داراً أو استأجر أجيراً بشيء
بعينه من عين أو عرض أو حيوان أو طعام فتشاحا في النقد ولم يشترط شيئاً، فإن كانت سنة الكراء في البلد
بالنقد جاز وقضى بقبضها، وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز الكراء وإن عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترط
النقد في العقد، كما لا يجوز بيع ثوب أو حيوان بعينه على أن لا يقبض إلا إلى شهر، ويفسخ. ابن القاسم:

الحديث

1- عن الزهري قال أخبرني علي بن الحسين رضي الله عنهما أن صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته أنها جاءت
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوره في اعتكافه في المسجد في العشر الأواخر من رمضان فتحدثت عنده ساعة ثم قامت
تتقلب فقام النبي صلى الله عليه وسلم معها يقلبها حتى إذا بلغت باب المسجد عند باب أم سلمة مر رجلان من الأنصار فسلما
على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم على رسلكما إنما هي صفية بنت حبي فقالا سبحان
الله يا رسول الله وكبر عليهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن الشيطان يبلغ من ابن آدم مبلغ الدم وإني خشيت أن يقذف في
قلوبكما شيئاً، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاعتكاف، دار الفكر 1981، ج 2 ص 69. وفي رواية له تعالى هي صفية فإن
الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم، رقم الحديث 2039. ومسلم، كتاب السلام، رقم الحديث 2175.

674 - وردت في البيان، ج 4 ص 428.

675 - ساقطة من المطبوع وما يابى 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 ويحيى 187 ويم 3.

متن الخطاب وإن اكرتري ما ذكرناه بدنانيير معينة ثم تشاحا في النقد فإن كان الكراء بالبلد بالنقد قضى به ، وإلا لم يجز الكراء إلا أن يعجلها. انتهى. قال أبو الحسن: قال عياض: قوله: "إلا أن يعجلها" أي يشترط ذلك في أصل العقد يبين ذلك ما تقدم، واختصره ابن يونس إلا أن يشترط تعجيله في العقد، وقوله أولا: "إلا أن يشترط النقد في العقد" الاستثناء منقطع؛ كأنه يقول لكن إن اشترط النقد في العقد جاز. انتهى. ثم قال في المدونة إثر الكلام السابق: كقول مالك فيمن ابتاع سلعة بدنانيير له ببلد آخر عند قاض أو غيره، فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز، وإلا لم يجز البيع، فأرى إن كان الكراء لا ينقد في مثله فلا يجوز إلا أن يشترط عليه إن تلفت فعلية مثلها، ولا يجوز اشتراط هذا في طعام ولا عرض في بيع ولا كراء لأنه مما يبتاع لعينه فلا يدري أي الصفقتين ابتاع ولا يراد من المال عينه، وقال غيره في الدنانير هو جائز، وإن تلفت فعلية الضمان. انتهى.

أبو الحسن: قوله: فأرى الكراء إن كان لا ينقد في مثله معناه ليس من سنتهم النقد، وذكر بعضهم عن بعض الشيوخ أنه قال: يحتمل أن يريد بقوله: إن كان لا ينقد في مثله كبيع الخيار. قال: ولم أره لغيره. انتهى. وهذا الذي أشار إليه المؤلف في فصل كراء الدابة بقوله: "وبدنانيير عينت إلا بشرط الخلف" انتهى. وقوله: "أو في مضمونة لم يشرع فيها" يريد لم يشرع فيها إلا بعد طول، وأما إن قرب الشروع فيجوز تأخير الكراء، ويجوز اشتراط ذلك. قال المتيطي: فإن كان المضمون في الكراء إنما هو على أن يأتيه بها تلك الليلة أو في الغد فلا بأس باشتراط تأخير الكراء إلى أجل، وقوله: "إلا كري حج فاليسير" لو أدخل الكاف لكان أشمل.

قال المتيطي: روى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج، ونصه: تعجيل النقد في الكراء المضمون إلى أجل هو الأصل، ولا يجوز تأخيره بشرط، واختلف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه دون شرط، فقال مالك فيمن أكرى إلى الحج في غير إبان الحج ليخرج في إبانه لا بأس أن يقدم منه الدينار والدينارين ولا يجوز في غيره، وروى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج، وقال كم من كري [هرب⁶⁷⁶] بالكراء، وروى ابن المواز عن مالك كراهة تأخير النقد إلا أن ينقد أكثره أو ثلثيه، وقال مثله أشهب، ثم قال: قال مالك: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن ينقده الدينار والدينارين يريد في غير الحج. انتهى.

وفي التوضيح عن الموازية مثل الحج في غير إبانه، واليسير الدينار والديناران على ما رجع إليه مالك. والله أعلم. وقوله: "وإلا فمياومة" أي وإن لم تكن الإجارة مضمونة بل كانت معينة أو كانت مضمونة إلا أنه شرع فيها ولم يكن شرط ولا عرف والأجر غير معين فإنما تستحق الأجرة مياومة، وهذا عند المشاحة، وإلا فيجوز التقديم والتأخير. صرح بذلك في أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة من البيان، ونقله ابن عرفة.

تنبيهات: الأول: يعترض على المصنف بما اعترض به على ابن الحاجب في قوله: فإن لم يكن شرط ولا عادة أخذ مياومة. قال: ظاهر كلامه يتناول الصنائع بل الإجارة في العرف مقصورة عليها، والمذهب أن الصانع لا يستحق الأجرة عند الإطلاق إلا بعد تمام العمل انتهى ومثله يقال عليه، وما قال إنه المذهب هو في كتاب الجعل والإجارة من المدونة قبل ترجمة الدعوى في الإجارة، ونصها: وإذا أراد

395

متن الخطاب الصناع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم تكن لهم سنة لم يقض لهم به إلا بعد فراغ أعمالهم، وأما في الأكرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع سلعة ونحوه فبقدر ما مضى، وليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الأجرة حتى يتم إذا لم يأخذه على ذلك. انتهى.

الثاني: ما تقدم من أنه إذا كانت الإجارة غير مضمونة بل معينة يجوز التقديم والتأخير محله ما إذا شرع في العمل أو تأخر الشروع نحو العشرة الأيام، وإن طال ذلك لم يجز تقديم الأجرة. قال ابن رشد في أول كتاب الجعل والإجارة من البيان: الإجارة على شيء بعينه مثل نسج الغزل وخياطة الثوب على قسمين مضمونة في ذمة الأجير، فلا تجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل أو تعجيلهما، ومعينة في عينه فتجوز بتعجيل الأجر وتأخيرها على أنه يشرع في العمل، فإن شرع إلى أجل لم يجز النقد إلا عند الشروع في العمل. انتهى. وتأخير الشروع إلى يومين لا يضر. قاله في المدونة. أبو الحسن: وإلى عشرة أيام، وانظر كلامه عند قول المؤلف: "وكراء دابة إلى شهر"، ونقل كلام ابن رشد، فعلى هذا إذا كان العمل معيناً على أن لا يشرع في العمل إلا إلى أجل وكان الأجر شيئاً معيناً تفسد هذه الصورة؛ لأن كون الأجر معيناً يقتضي تقديمه، وكون العمل في عين الأجير إلى أجل يقتضي تأخيرها. والله أعلم.

الثالث: قال ابن رشد: إن صرح بكون العمل مضموناً كقوله استأجرتك على كذا في ذمتك إن شئت عملته بيدك أو بغيرك أو معيناً كاستأجرتك على عمل كذا بنفسك فلكل منهما حكمه وإن لم يصرح، وظاهر اللفظ أنه مضمون كقوله أعطيتك كذا على خياطة هذا الثوب حمل على المضمون اتفاقاً، إلا أن يعرف أنه يعمل بيده أو كان عمله مقصوداً لرفقه وإحكامه، وإن كان ظاهره التعيين كاستأجرتك على خياطة هذا الثوب أو على أن تخطيه ولا يقول أنت ففي حمله على المضمون أو المعين قولان؛ المشهور أنه يحمل على المضمون أيضاً، إلا أن يعلم أنه يعمل بيده، أو يكون قصد عمله لرفقه وإحكامه. انتهى.

الرابع: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: إن قام من آجر عبده يطلب أجره بعد تمام عمله فأجرته تجري مجرى الحقوق في الفسحة وضرب الأجل، وإذا آجر العبد نفسه أو الحر وطلب ذلك بعد الخدمة قال ابن حبيب: لا ينبغي أن [يحملاً⁶⁷⁷] كالحقوق عند وجوبها، ويجب تعجيل أجرهما لقوله عليه الصلاة والسلام: {أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه¹} إلا أن يؤخر الأجير من استأجره بأجرة سنة ثم يطلب فيحمل محمل الحقوق. انتهى.

الخامس: قال في الذخيرة عن ابن يونس: كره/ مالك نقد الكراء في السفن لأنها لا تجب إلا بالبلاغ وجوزه ابن نافع، وقال: له من الكراء بحساب ما قطع، فإن عطب قبل البلاغ وادعيت النقد صدق عليك؛ لأن الأصل عدمه ولا يشهد بعضهم لبعض للثمة، وقيل يجوز كما في قطع الطريق. انتهى.

ص: كمع جعل ش: أي وكذلك تفسد الإجارة إذا جمعها مع الجعل، وقاله في أول كتاب الجعل من

396

1- أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه، ابن ماجه، ج2 ص817، كتاب الرهون، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 2443، ولفظ الخطاب في النوادر، ج8 ص34.

نص خليل لا بيع.

متن الخطاب المدونة.

فرع: لا يجوز اجتماع الإجارة مع السلف. قال في المدونة: وإن دفعت إلى حائك غزلا ينسج لك ثوبا بعشرة دراهم على أن يسلفك فيه رطلا من غزل لم يجز لأنه سلف وإجارة. انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قال ابن يونس: الإجارة بيع من البيوع يحرم فيها ما يحرم [في⁶⁷⁸] البيع، وقد ورد النهي عن بيع¹ وسلف. انتهى.

ص: لا بيع ش: يعني أن الإجارة مع البيع ليست بفاسدة، بل يجوز اجتماعها معه، وأطلق رحمه الله في ذلك، وفيه تفصيل؛ فإن كانت الإجارة في غير الشيء المبيع فذلك جائز، وإن كانت الإجارة في الشيء المبيع كما لو باع له جلودا على أن يحذوها البائع نعالا للمشتري فقال في التوضيح عن ابن عبد السلام في ذلك قول مشهور بالمنع. خليل: هو قول سحنون. قال في النوادر: وهو خلاف قول ابن القاسم وأشهب. انتهى. وقول سحنون هذا هو الذي في العتبية في آخر سماع سحنون من باب البيع والإجارة، ونصه: وسئل [سحنون⁶⁷⁹] عن البيع والإجارة فقال: جائز في غير ذلك الشيء بعينه. قال ابن رشد: هذا معلوم مشهور من مذهب سحنون أن البيع والإجارة في الشيء المبيع عنده لا يجوز على حال، ومذهب ابن القاسم وروايته عن مالك؛ وهو الصحيح إن كان ذلك فيما يعرف وجه خروجه كبيعه ثوبا على أن على البائع خياطته أو قمحا على أن يطحنه أو فيما لا يعرف وجه خروجه ولكن يمكن إعادته للعمل كبيعه صفرا على أن يعمل البائع منه قدحا وما أشبه ذلك فذلك جائز، وأما ما لا يعرف وجه خروجه ولا يمكن إعادته للعمل كبيعه غزلا على أن على البائع نسجه، أو الزيتون على أن على البائع عصره أو الزرع على أن على البائع حصاده ودرسه وما أشبه ذلك فلا يجوز باتفاق. انتهى.

وقاله ابن رشد أيضا في رسم حلف بطلاق امرأته من سماع ابن القاسم من جامع البيوع، وفي رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من تضمين الصناع وفي كراء الرواحل من المدونة قريب من ذلك، وصرح به في أواخر كتاب التجارة إلى أرض الحرب، ونصه: وأما إن ابتعت ثوبا على أن يخطيه لك أو نعلين على أن يحذوهما فلا بأس به، وإن ابتعت منه قمحا على أن يطحنه لك فاستخفه مالك بعد أن كرهه، وكان وجه ذلك عنده معروفا، وجل قوله فيه التخفيف على وجه [الاستحسان⁶⁸⁰] لأنه القياس. قال أبو الحسن في شرحه الكبير: فإن هلك الثوب أو القمح قبل خياطته أو قبل طحنه سقط عن المشتري قدر الإجارة، وكان ضمان الباقي منه، وهذا إذا كان غير البائع يتولى عمل ذلك كله، وأما إن كان البائع هو الذي يتولى عمله لضمانه لأنه صانع. انتهى.

تذبيحات: الأول: قال القباب في باب بيع الغرر: زاد اللخمي فيما لا يعرف وجه خروجه وتمكن إعادته إلا أن يكون اشترى جملة ما يعمل منه فلا يجوز؛ لأنه كلما أعيد نقص منه فلا يقدر أن يعمل منه إلا دون الأول كالفضة على أن على البائع صياغتها والصفرة على أن يعمل منه أقداحا وما أشبه ذلك.

1- نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع وعن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن. المعجم الأوسط، رقم الحديث 1554.

678 - في المطبوع وم 139 ويم 4 ومايأبى 58 ويحيى 188 من وما بين المعقوفين من سيد 63.
679 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 396 ويحيى 188 ويم 4 ومايأبى 59.
680 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 396 ويحيى 189 ويم 5 ومايأبى 59.

متن الخطاب

397

الثاني: من البيع والإجارة أن يدفع الإنسان ثوبه لمن يرقعه له أو نعله لمن يشركها فلا يجوز ذلك حتى يريه الجلد والرقعة؛ لأن ذلك مبيع فلا بد من رؤيته أو ما يقوم مقام الرؤية من الصفة في الشيء الغائب الذي يتعذر الوصول إليه حالة العقد، هذا إذا كان عند الصانع الجلود والرقاع، فإن لم يكن عنده انضاف إلى ذلك بيع ما ليس عنده من غير أجل السلم إلا أن يكون لا يعدم ذلك فلا يحتاج إلى طول الأجل، ويكفي الوصف التام كما في سائر السلم، ولا يكتفى بالوصف إلا إذا كان ما يريد أن يعمل منه غير موجود عنده حين العقد ولا/ يتعذر عليه غالباً لكونه لا يعدمه ويكثر عنده. قاله القباب في الباب المذكور.

الثالث: صورة المسألة أن يشتري منه المبيع بكذا على أن يعمل له فيه كذا أو يعمل له في غيره، وأما لو اشترى المبيع بثمن على حدة ثم استأجره بأجرة أخرى فليس من هذا الباب؛ لأن المراد أن يجتمعا في عقد واحد، وذلك واضح.

الرابع: إذا اشترى جبناً أو لحماً بالوزن على أن على البائع أن يقلّي ذلك فذكر سيدي أبو عبد الله بن الحاج في فصل خروج العالم إلى السوق من المدخل أن في ذلك وجوهاً من المنع منها: أنه اشترى منه الدهن الذي يقلّي به وهو مجهول، وأنه اشترى منه ما يوقد به تحته وهو مجهول كذلك، وأنه لا يعلم وزنه بعد القلي، وأنه لا يعلم أجرة قلبه، وهذان الأخيران لا يضر جهلهما كما يظهر ذلك مما تقدم، وأما الأولان فالمنع بسببهما ظاهر.

الخامس: إذا هلك المبيع قبل أن يعمل العمل المستأجر عليه فيه فقال في الرسم المتقدم في تضمين الصانع لا ضمان على البائع، ويحط عن المشتري بقدر الخياطة والطحن من الثمن، إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصناعات بنفسه فيسلك به مسلك الصانع في الضمان، فيكون عليه قيمة الثوب يوم البيع وهو الصحيح، وقيل يوم ذهب ويقوم غير معمول، ويفض الثمن الذي وقع به البيع على الثوب والعمل فيكون للبائع منه ما ناب الثمن، فإن كان له فضل على القيمة أخذه، وإن كان عليه أداه، وإن قامت على الضياع بينة سقط عنه الضمان، وفض الثمن أيضاً على الثوب والعمل، فلا يكون للبائع منه إلا ما ناب الثوب. انتهى بالمعنى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرحه الكبير إثر كلام المدونة السابق: فإن هلك الثوب أو القمح قبل خياطته أو قبل طحنه سقط عن المشتري قدر الإجارة وكان ضمان الباقي منه، وهذا إذا كان غير البائع يتولى عمل ذلك، وأما لو كان البائع هو الذي يتولى عمله لضمنه لأنه صانع. انتهى. وفهم من هذا أنه لو ضاع بعد العمل لم يحط عن المشتري شيء من الثمن، ويفصل فيه بين أن يكون البائع هو الصانع أو غيره على ما تقدم.

السادس: لو اختلفا في الضياع هل هو قبل العمل أو بعده؟ لم أر فيه نصاً، والظاهر أن القول قول المشتري فتأمله.

السابع: علم من هذا أن البيع والإجارة يجوز اجتماعهما ولو كان البائع لا يتولى العمل المستأجر عليه بنفسه. والله أعلم. وهذه التفريعات كلها إنما هي على المشهور من جواز اجتماعهما، وقد حكى اللخمي عن القاضي قولاً بالمنع. والله أعلم.

وَكَجِلْدٍ لِسَلَاخٍ أَوْ نُخَالَةٍ لَطَحَانٍ وَجُزءٍ ثَوْبٍ لِنَسَاجٍ.

الثامن: البيع والكراء كالبيع والإجارة يجوز اجتماعهما في عقد واحد. صرح به في المدونة في أول كراء الرواحل وغيره.

ص: وكجلد لسلاخ ش: هو كقول ابن الحاجب ولو استأجر السلاخ بالجلد لم يجز. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن تكون الشاة حية أو مذبوحة وهو كذلك، ولعله إنما منع من ذلك لأنه لا يستحقه السلاخ عنده إلا بعد السخ ولا يدري كيف يخرج هل يخرج سليماً من القطع أم لا؟ وفي أي جهة يكون القطع. انتهى. ونقله في التوضيح، وأتى المصنف بالكاف ليدخل اللحم. قال في أوائل كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز الاستئجار على سلخ شاة بشيء من لحمها. انتهى. وانظر لو استأجره برأس الشاة أو بالأكارع هل يجوز أم لا؟ والظاهر أنه إن استؤجر على الذبح فقط أو عليه وعلى السخ فلا يجوز لأنه لا يدري هل تصح ذكاتها أم لا، وأما إن استأجره على السخ وحده بعد الذبح فذلك جائز لأنه لا غرر فيه فتأمل. والله أعلم.

تنبيه: قال في التوضيح: خليل: قد تقدم في بيع الجلود على ظهور الخرفان في البيوع ستة أقوال فينبغي أن تأتي هنا. اهـ. وجزم به ابن عرفة كما سيأتي.

ص: ونخالة لطحان ش: قال ابن عبد السلام: للجهل بقدرها لأنه كالجزاف غير المرئي، ولو استأجره [بصاع⁶⁸¹] من النخالة بأن يقول له اطحنه ولك صاع من نخالته فيحتمل/ أن يتخرج على القولين في الإجارة على الطحن بصاع من الدقيق، ويحتمل الجواز على القولين لاختلاف صفة الدقيق دون النخالة غالباً والنفس أميل إلى المساواة بالدقيق؛ لأن من الطحن ما تخرج نخالته كثيرة الأجزاء ومنه ما لا تخرج كذلك. انتهى. ونقله الشيخ في التوضيح، وقال ابن عرفة: ابن شاس: لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة لم تجز.

قلت: الجدل جار على ما تقدم في بيعه، والنخالة تجري على حكم الدقيق. انتهى. ونقل ابن غازي كلام ابن عرفة بلفظ النخالة تجري على الخلاف في الدقيق، وعبارته أصح وأحسن لإيهام العبارة الثانية أن الخلاف في كل من صورتين النخالة؛ أعني صورة الجزاف وصورة المكيل فتأمل. والمشهور في مسألة الدقيق جواز الاستئجار بصاع منه كما سيأتي، فتجوز الإجارة بصاع من النخالة، وإذا علم هذا ففي قول صاحب الشامل: "وجاز طحن بجزء من دقيقه على الأصح لا بالنخالة أو صاع منها، وجاز بدرهم وصاع منها" نظر من وجهين ظاهرين؛ أحدهما أنه قد علم أن الاستئجار بصاع منها جائز، أما على القولين اللذين في الدقيق أو على المشهور منهما. الثاني قوله: "وجاز بدرهم وصاع منها" يناقض قوله الأول، وهذا ظاهر. والله أعلم.

ص: وجزء ثوب لنساج ش: يعني أن الإجارة تفسد إذا جعل أجره النساج جزء الثوب الذي ينسجه للجهل، وكذلك جزء جلد أو جلود لدباغ. قال في كتاب الجعل/ والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن تؤجره على دبغ جلود أو عملها أو ينسج ثوباً على أن له نصف ذلك إذا فرغ لأنه لا يدري

متن الخطاب

398

399

الحديث

681 - في المطبوع بصياح وما بين المعقوفين من سيد64 ويم6 وم140 ومياي60 ويحي189.

كيف يخرج ذلك، ولأن ما لا يجوز [بيعه لا يجوز]⁶⁸² أن يؤاجر به. انتهى. فهذا مجهول وقال عليه الصلاة والسلام: {من استأجر أجيّرا فليعلمه بأجره¹} وقال في حديث آخر: {فليؤجره بشيء معلوم²} وفهم من قول المؤلف: "جزء ثوب" أنه لو استأجره بجزء الغزل أو بجزء الجلد أو الجلود قبل الدباغ أن ذلك جائز، وهو كذلك إذا شرط عليه تعجيل ذلك أو يكون العرف، وإلا فسدت الإجارة، وكذلك لو دفع له نصف الجلود ونصف الغزل من الآن وشرط عليه نسج الجميع أو دبغ الجميع ثم يأخذ جزأه فلا يجوز للتحجير، فإن أعطاه الغزل على جزء ولم يبين هل من الثوب أو من الغزل فقال ابن حبيب يجوز. قال المصنف في التوضيح: أصل ابن القاسم المنع، وجزم به في الشامل فقال: فلو دخل على جزء غير معين منع خلافا لابن حبيب.

متن الخطاب

تنبيهات: الأول: قال اللخمي في الجعل والإجارة: وإن قال ادبغ نصف هذه المائة بنصفها وشرطا نقد النصف جاز إذا كانت تعتدل في القسم والعدد أو تتقارب، وإن تباين اختلافهما لم يجز من أجل الجهل بما يدبغ؛ لأنه لا يدري هل يدبغ ستين أو أربعين، وليس يفسد من أجل الجهل بما يصير للعامل في أجرته؛ لأن شراء نصفها على الشياح جائز وإن لم يعتدل في القسم. انتهى.

الثاني: منه فإن لم [يفسخ في⁶⁸³] هذه الصورة حتى قاسمه ودبغ جميعها كان له النصف الذي أخذه أجرة بقيمته يوم قبضه بعد المقاسمة، وله إجارة المثل في النصف الآخر. انتهى. وكذا لو فات النصف الذي أخذه أجرة بغير الدبغ للزمه قيمته يوم قبضه، ولو كان النصف قائما لرده وكان له أجرة مثله، وهذا بين. والله أعلم.

الثالث: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو استأجر السلاخ بالجلد والنساج بجزء من الثوب والطحان بالنخالة لم يجز، فإن وقعت المسألة على ما قاله المصنف فقال أصبغ له أجرة مثله، والثوب والجلود لربها. ابن عبد السلام: يريد أصبغ لأنه لم يجعل له النصف إلا بعد الفراغ من العمل فعلى هذا إن فاتت الجلود بيد الصانع بعد الدبغ فله نصفها بقيمتها يوم خرجت من الدباغ، ولربها النصف الآخر وعليه أجرة المثل في دباغ الجميع، ولو دفع إليه نصف الجلود قبل الدبغ على أن يدبغها مجتمعة فأفاتها بالدباغ فله نصفها بقيمتها يوم قبضها، وله أجرة عمله في نصفها للتحجير في نصف الدباغ، وهذا بين، وأشار بعضهم إلى أنه يختلف في ضمان الصانع لنصفها في هذا الوجه الأخير إذا شرع في دباغها ويختلف في فواتها بالشروع؛ لأن قبضه ليس قبضا حقيقيا لأنه غير متمكن من الانتفاع بما قبضه.

الرابع: قال اللخمي في الوجه الأول أعني إذا قال له ادبغ المائة على أن لك نصفها بعد [الدبغ]⁶⁸⁴ إن شرع في العمل [مكن⁶⁸⁵] من التماذي حتى يفرغ: وكذلك النسج إن شرط أن

الحديث

1- عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يساوم الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا تناجشوا ولا تبايعوا بالقاء الحجر، ومن استأجر أجيّرا فليعلمه أجره. السنن الكبرى، البيهقي، ج 6 ص 120، دار الفكر.

2- انظر البيان والتحصيل، ج 8 ص 444.

682 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 ويحيى 190 ويم 6 ومايبي 61.

683 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 ويحيى 190 ويم 6 ومايبي 61.

684 - في المطبوع الدفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 وم ويحيى 190 ويم 6 ومايبي 61.

685 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 وم ويحيى 190 ويم 6 ومايبي 61.

أَوْ رَضِيعٍ وَإِنْ مِّنَ الْآنَ وَمِمَّا سَقَطَ أَوْ خَرَجَ فِي نَفْضِ زَيْتُونٍ أَوْ عَصْرِهِ.

نص خليل

متن الخطاب

ينسج له غزلا بنصفه فأخذ في النسج مكن من التماضي؛ لأن في نزعه عليه حينئذ مضرة، واعترضه ابن عرفة وقال: هذا خلاف قول أهل المذهب في المساقاة الفاسدة أن ما يرد منها لإجارة المثل يفسخ ولو بعد العمل، بخلاف ما يرد لمساقاة المثل، وما قال ابن عرفة هو الظاهر، فقد قال اللخمي في باب المساقاة بعد أن ذكر مسائل يرجع فيها إلى أجرة المثل، وأخرى يرجع فيها إلى مساقاة المثل، وهكذا الجواب في كل موضع يرجع فيه إلى أجرة المثل فإنه يعطى العامل أجرة عن الماضي ولا يمكن من التماضي، وكل موضع يرجع فيه إلى مساقاة المثل لا ينزع منه بعد العمل حتى يتم ما دخل فيه، وعلمه [بأن⁶⁸⁶] مساقاة المثل العوض فيها من الثمرة، فلو فسخت ذهب عمله باطلا، وفي الإجارة العوض في الذمة لا يذهب عمله باطلا. وذكر ابن عرفة كلامه هذا في آخر المساقاة، وذكره أيضا عن عبد الحق عن غير واحد من شيوخ صقلية، وزاد مع المساقاة القراض/ قال: وذكره ابن رشد غير معزو، وكأنه المذهب، وكذا عياض، وقيد القوات بعمل له بال فتأمله. والله أعلم.

400

ص: أو رضيع وإن من الآن ش: يعني أن الإجارة تفسد أيضا فيما إذا استأجر من يرضع صبيا بجزء منه، وقوله: "وإن من الآن" مبالغة في هذه المسألة فقط دون ما قبلها، ويعني به أن الإجارة فاسدة، سواء شرط أخذ الجزء المستأجر به بعد تمام مدة الرضاع أو شرط أخذه الآن، أما الأول فظاهر لأنه معين يتأخر قبضه، وهو شامل لوجهين أيضا: الأول أن يشترط أخذه بعد المدة ويكون فيها على ملك ربه. الثاني أن يشترط أخذه بعد المدة لكنه على ملك المستأجر كما تقدم في مسألة الجلود والغزل، وأما الوجه الثاني وهو ما إذا شرط أخذ الجزء المستأجر به من الآن فيتبادر جوازها كما في مسألة الجلود والغزل، وعلمه ابن عبد السلام بأن الصبي لما كان مما يتعين ولو تعذر تعليمه بموت أو غير ذلك لم يلزم ربه خلفه صار نقد الأجرة فيه كالنقد في الأمور المحتملة بشرط، وعلى هذا التقدير فسواء كانت الأجرة جزءا منه أو غير ذلك. انتهى. وتصور كلام المصنف من الشرح والحاشية ظاهر.

تنبيه: ذكر ابن أبي زيد رحمه الله في مسألة التعليم التي جعلها المصنف وابن عرفة مساوية لهذه أنه إذا وقع وشرط قبض نصفه بعد السنة فسخ، فإن فات وعلمه سنة ولم يفت العبد فله قيمة تعليمه والعبد لسيدته، وإن فات بعد السنة بيد المعلم فالعبد بينهما، وعلى ربه قيمة تعليمه، وعلى المعلم نصف قيمته يوم تمام السنة معلما، وإن شرط قبضه الآن وفات بيد المعلم بعد تمام السنة فله نصف قيمة تعليمه وعليه نصف قيمة العبد يوم قبضه ويكون بينهما. والله أعلم.

ص: وبما سقط أو خرج [في⁶⁸⁷] نفض زيتون أو عصره ش: أي وكذا تفسد الإجارة إذا استأجره على نفض الزيتون بما يسقط منه أي بجزء مما يسقط، وعلى عصره بما خرج منه من الزيت أي بجزء مما يخرج منه للجهل بقدر ما يسقط وما يخرج من العصر ولو في شيء منه وكيف يخرج. قاله في المدونة. قال: ولأنه لا يقدر على الترك إذا شرع ونص كلامه في آخر كتاب الجعل والإجارة: وإن قال له انفض شجري أو حركها فما نفضت أو سقط فلك نصفه لم يجز لأنه مجهول، وإن قال

الحديث

686 * - في المطبوع وسيد64 ومايأبى61 وما بين المعقوفين من يحيى190.

687 * - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص400.

وَكَاخْصُذْ وَادْرُسْ وَلَكَ نِصْفُهُ وَكَرَاءِ أَرْضٍ بِطَعَامٍ أَوْ بِمَا تُنْبِئُهُ.

نص خليل

متن الخطاب

401

عصر زيتوني أو جلعاني فما عصرت فلك نصفه لم يجز؛ لأنه لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، [وإذ⁶⁸⁸] لا يقدر على الترك إذا شرع، وليس هكذا الجعل، والحصاد يدعه متى شاء إذا قال فما حصدت من شيء فلك نصفه. انتهى. فقد بين وجه عدم جواز عصر الزيتون بجزء/ مما يخرج منه، وأما وجه عدم جواز النفض والتحريك فقال الشيخ أبو الحسن عن القاضي إسماعيل: لأن الشجر يختلف، فمنه ما هو [ناضج⁶⁸⁹] يقل ما يسقط منه، ومنه ما هو بخلافه. انتهى. فلا يصح ذلك إجارة ولا جعلاً للجهل المذكور، بخلاف مسألة الحصاد الآتية في قول المصنف: "فما حصدت فلك نصفه" فإنه يقدر على الترك متى شاء وما يحصده فله نصفه فهو معلوم، ومثل الحصاد اللقط. قال في المدونة: وإن قال له فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز، وله الترك متى شاء لأنه جعل، وكذلك الجداد إذا قال له جد من نخلي ما شئت فما جدت فلك نصفه. صرح به ابن رشد في أوائل كتاب الجعل، والفرق بين الحصاد والجداد واللقط وبين النفض والعصر أن الحصاد والجداد واللقط من مقدوره ولا مانع له إلا الكسل، وكلما أراد أن يقطع عرجونا أو يحصد موضعاً أو يلقط شيئاً علم أن له نصف ذلك قبل عمله بخلاف النفض والتحريك فإنه غير منوط بمقدوره فهو يعمل العمل ولا يدري هل يسقط شيء أم لا؟ وهل يقدر أو يترك، وكذلك العصر. فتأمل.

تنبيهات: الأول: قال أبو الحسن عن ابن القصار: ومعنى التحريك هنا النفض باليد، وأما بالقضيب فهو كالحصد. قال: وهذا بعيد لأن النفض باليد غير معتاد. انتهى. ونقله في التوضيح. قال في التوضيح بعد ذكره مسألة النفض: ابن يونس: لو قال انفضه كله ولك نصفه جاز. انتهى. وكلامه يوهم أنه تقييد لقول ابن القاسم، وكلام ابن عرفة [يفهم⁶⁹⁰] أنه إنما نقله عن ابن حبيب، وأن ابن القاسم يخالفه فتأمل. والله أعلم.

الثاني: إذا وقع شيء من هذه الوجوه الفاسدة وأتم العمل على ما قالاً فللعامل أجره مثله، وجميع الزرع لربه، فإن قسماً على ما قالاً فما أخذه العامل حرام، وما أخذه رب الزرع فلا يحرم عليه؛ لأن الزرع جميعه له. ذكر ذلك الشيخ أبو الحسن الصغير، ويأتي ما يشبه ذلك في كراء الأرض بالطعام. الثالث: ما يسقط من التمر بين الكرانيف والسعف يسمى الجلالة لا يجوز الاستئجار عليه بجزء منه؛ إذ لا يحاط بقدره لاختلافه بين الكرانيف. قاله في رسم قطع الشجرة من سماع ابن القاسم من الإجارة.

ص: كاحصد وادرس ولك نصفه ش: قال في المدونة: وإن قال احصده وادرسه ولك نصفه لم يجز؛ لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب وهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، وكذلك لو بعته [زرعك⁶⁹¹] جزافاً وقد ببس على أن عليك حصاده ودرسه وذريه لم يجز؛ لأنه اشترى حبا جزافاً لم يعاينه، ولو قال على أن كل قفيز بدرهم جاز، لأنه معلوم بالكيل، وهو يصل إلى صفة القمح بفرك سنبله، وإن تأخر درسه إلى مثل عشرة أيام أو خمسة عشر يوماً فهو قريب، وقال قبله: ومن قال لرجل احصد زرعاً

الحديث

⁶⁸⁸ - في المطبوع وإذا وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 3 ص 392 ويحيى 181.

⁶⁸⁹ - في المطبوع ناجح وما بين المعقوفين من مايايى ص 62 ويحيى 191 وسيد 64.

⁶⁹⁰ * - في يحيى 191 يوهم.

⁶⁹¹ - في المطبوع زرعه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 وم ويحيى 191 وم ومايايى 63.

نص خليل
إلا كَخَشَبٍ.

متن الخطاب هذا ولك نصفه أو جد نخلتي هذه ولك نصفها جاز، وليس له تركها لأنها إجارة، وكذلك لقط الزيتون انتهى. أي إذا قال له القط زيتوني ولك نصفه. قال أبو الحسن عن الأمهات: فحين يحصده وجب له نصفه. عياض: ظاهر هذا أنه إنما يجب له بعد الحصاد، والذي يأتي على أصولهم أنه وجب له بالعقد، ألا تراهم جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعده من الأجير، وقال الرجراجي هذا هو المشهور، وقال في التوضيح: ابن حبيب: والعمل في تهذيبه بينهما. ابن يونس: يريد ولو شرط في الزرع قسمته حبا لم يجر، وإن كان إنما يجب له بالحصاد فجائز، وكذلك في كتاب ابن سحنون. عبد الحق: ولا يجوز قسمه قتا ويدخله التفاضل، وفي هذا خلاف في الربويات وغيرها، واعترض منع قسمته حبا بأنه شرط يوافق مقتضى العقد؛ لأن الأجير لا يستحقه إلا بعد عمله، وحينئذ لا يتمكن من أخذ نصيبه إلا مهذبا، وأجيب بمنع أنه لا يملكه إلا بعد الحصاد، فقد قال ابن القاسم إذا تلف قبل أن يحصده أو بعد أن حصد بعضه هو منهما وعليه أن يستعمله في مثله أو مثل ما بقي منه، وخالف في ذلك سحنون. انتهى بالمعنى واللفظ. فقد ظهر الفرق بين هذه المسألة/ الممنوعة والمسألة الجائزة الآتية في قوله: "واحصد هذا ولك نصفه" بأن [هنا⁶⁹²] لما استأجره على حصاده ودرسه؛ فكأنه استأجره بالحب وذلك لا يجوز، وفي المسألة الأخرى إنما استأجره بنصف الزرع القائم الذي يحصده وذلك صحيح. والله أعلم.

402

ص: [إلا⁶⁹³] كخشب ش: قال في المدونة: لا يجوز كراؤها بشيء مما تنبت ولو كان من غير الطعام من قطن أو كتان أو إصطبة وهي المشاق أو قصب أو قرط أو تبين أو علف ولا بزعفران ولا بطيب يشبهه ولا بعصفور ولا بطعام ولو لم تنبته فلا يجوز بلبن محلوب أو في ضروعه أو بجبن أو غسل أو بسمن أو تمر أو صير وهي نوع من الحيتان تملح أو بشيء من الأنبذة والأشربة أو بفلفل أو بزييت الكتان أو الجلجلان أو بسمك أو بطير الماء الذي هو للسكين أو بشاة اللحم. أبو الحسن: يعني العلف أو الشارف، وقوله الأشربة يعني التي تشرب لا التي يتداوى بها إلا أن تكون طعاما. ثم قال في المدونة: ولا بأس بكرائها بالعود والصندل والحطب والجذوع وبالعين. انتهى. وقال ابن عرفة: ولا بأس بكرائها بالماء.

قلت: ولا يتخرج منعها به على أنه طعام؛ لأنه قول ابن نافع، وهو يجيزه بالطعام غير الحنطة وجنسها. قال: وجعل ابن الحاجب وابن شاس القصب كالجذوع، [وقبوله⁶⁹⁴] ابن هارون لا أعرفه بل قولها لا يجوز كراؤها بالقصب. انتهى. وقال في التوضيح: هو بفتح بالصاد المهملة، ونقل الجواز عن صاحب التلقين وإذا كان كذلك فيرد إنكار ابن عرفة، وأما ما ذكره عن المدونة فإنما هو القصب بالضاد المعجمة. كذا رأيت في نسخة مصححة، وبديل ذكره له مع القرط والتبن والعلف، ولعله ظن كلام ابن [الحاجب⁶⁹⁵] أنه كذلك.

الحديث

692 - في م 141 وما يابى 63 هذا.

693 - في المطبوع لا ما بين المعقوفين من يحيى 191 وما يابى 63 وم 141.

694 - في المطبوع وما يابى 63 وسيد 64 وقبله وما بين المعقوفين من يحيى 191 وم 142 ويم 8.

695 - في المطبوع وسيد 64 الحاج وما بين المعقوفين من م 142 ويم 8 وما يابى 63 ويحيى 181.

تنبيهات: [الأول: قال ابن عرفة: قول اللخمي: ⁶⁹⁶] "يجوز كراؤها بالمصطكى" نص في أنها غير طعام.

الثاني: شدد سحنون فقال: من أكرها بما يخرج منها فذلك جرحه، وتأوله أبو محمد على من كان عالما أنه لا يجوز، وهو مذهبه أو قلد من مذهبه المنع. سحنون: ولا [يوكل ⁶⁹⁷] طعامه ولا يشتري منه ذلك الطعام الذي أخذه في كرائها، وتأوله ابن رشد على أنه من الورع.

الثالث: إذا وقع ذلك فإنما له كراؤها بالدرهم، وذكر الشيخ أبو محمد أن عيسى بن مسكين وغيره من قضاة أصحابنا بإفريقية حكموا بأن يعطى له قيمة الجزء الذي يقع له من ثلث أو ربع دراهم لأنه لا يعرف لها بالمغرب قيمة كراء بالعين، ولم يعتبروا قيمة كرائها يوم العقد لأنه لا كراء على المكتري في الأرض إذا لم يصب فيها شيئا. ابن عرفة عن المتيطي: قال بعض الموثقين: أرض الأندلس عندي بخلاف ذلك، الكراء فيها معروف فيجب أن يقضى فيها بكراء المثل.

قلت: وكذا الأمر عندنا في أرض تونس، وفي قولهم ينظر إلى ما يقع له من ذلك الجزء ربع أو ثلث دراهم نظراً لأن [ظاهرة ⁶⁹⁸] البناء على ما دخلا عليه من الجزء وهو عقد فاسد، فيجب لغو ما دخلا عليه وينظر إلى قيمتها بالجزء أن لو جاز فيها ثم ينظر إلى قيمة ذلك الجزء. انتهى. وما قاله ظاهر لا شك فيه ولا يعدل عنه. والله أعلم.

الرابع: قال في آخر الجامع من الجواهر لما تكلم على الزرع: كره مالك شراء طعام من مكتري الأرض بالحنطة، هذا ومذهبه أن الطعام كله له، وإنما عليه كراء الأرض عينا. انتهى. وهذا -والله أعلم- إذا لم يتب ويصلح ما وقع له على الوجه الشرعي، وأما لو فعل ذلك فلا يظهر للتوقف حينئذ وجه، وقد ذكر الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر الشفعة أنه يقوم من مسألة الأخذ بالشفعة ممن اشترى بدراهم مغصوبة جواز شراء ما يحصل بالمعاملة الفاسدة قبل أن يصلح شأنهما. قال: فعلى هذا يجوز شراء مكتري الأرض بالطعام قبل أن يصلح شأنه مع ربها، فالكلام الأول على التنزه وما هو الأولى. والله أعلم.

الخامس: قال فيها: ومن/ أكرى أرضه بدنانير مؤجلة فحلت فلا يأخذ بها طعاما ولا إداما، وليأخذ ما يجوز أن يبتدئ به كراءها. والله أعلم.

السادس: يجوز كراء الأرض بشجر بأصولها يأخذها من المكتري إن لم يكن فيها ثمر، فإن كان فيها ثمر لم يجز. قاله في المدونة.

السابع: قال فيها: ويجوز بيع رقبة الأرض بشجر فيها ثمر كما تباع بطعام عاجل وآجل. انتهى. وقال في النوادر بعد أن ذكر منع كراء الأرض بما يؤكل أو يشرب من الأشربة وبما يخرج من الأرض ما نصه: ولا بأس بشرائها بذلك كله ما لم يكن فيه يومئذ طعام. انتهى. كذا في النسخة، وصوابه ما لم

⁶⁹⁶ * - في المطبوع الأول قال ابن ناجي ابن عرفة وما بين المعقوفين من يحيى 191 ويم 8 وما يابى 63 وسيد 64.

⁶⁹⁷ - في المطبوع والنسخ ولا يأكل وما بين المعقوفين من ابن عرفة، ص 262.

⁶⁹⁸ - في المطبوع ظاهر ويحيى 192 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم 8 وما يابى 64.

نص خليل وَحَمَلَ طَعَامَ لِبَلَدٍ بِنِصْفِهِ إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهُ الْآنَ.

متن الخطاب يكن [فيها]⁶⁹⁹ يومئذ طعام. ثم قال في النواذر: ولا بأس أن تكتري بئرا إلى جانب أرضك لتسقيها بمائها بما شئت من الطعام. انتهى. وقد تقدم أن الماء غير ربوي، وأنه يجوز بيعه بطعام إلى أجل كما صرح به في السلم الثالث من المدونة.

الثامن: قال اللخمي: يجوز كراؤها بثياب القطن والكتان لأن الصنعة غيرتها. والله أعلم. ص: وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن ش: أي إلا أن يشترط أن يقبض نصفه الآن. قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن يحمل لك طعاما إلى بلد كذا بنصفه، إلا أن [لا]⁷⁰⁰ تنقده نصفه مكانك لأنه شيء بعينه بيع على أن يتأخر قبضه إلى أجل. انتهى. قال أبو الحسن: هذا بالشرط ولو اشترط أن [لا]⁷⁰¹ ينقده فلا إشكال في المنع، وإن وقع الأمر مبهما فعلى مذهب ابن القاسم هو على الفساد حتى يشترط قبض نصفه الآن، وعلى مذهب أشهب وابن حبيب وسحنون هو جائز حتى يشترط أن لا يقبضه إلا بعد البلاغ، ونحوه في ابن يونس.

تنبيهان: الأول: قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن يقول له احمل طعامي هذا إلى بلد كذا ولك نصفه إلا أن يعطي نصفه نقدا، ولا يجوز على تأخيره إلى البلد، [و]⁷⁰² لو اكتال نصفه هاهنا ثم يحمل الجميع إلى البلد لم يجز أيضا. قال ابن حبيب: ولو سلم له نصفه إن شاء حمله أو حبسه لجاز. انتهى. فمعنى الأول أنه كان له نصفه وشرط عليه أن يحمل الجميع إلى البلد. والله أعلم.

الثاني: إذا وقع ذلك وحمله للبلد فذكر ابن يونس عن ابن أخي هشام أن للحمال نصفه، وعليه مثله في الموضع الذي حمله منه وله كراؤه في النصف الآخر ما بلغ. قال: وعاب هذا بعض شيوخنا، وقال يلزم [عليه]⁷⁰³ [إذا هلك الطعام أن [يضمن]⁷⁰⁴ نصفه؛ لأنه على قوله بالقبض لزم ذمته، وهذا بعيد لأن فساد المعاملة منع المكاري من قبض حصته إلى أن يصل للبلد المحمول إليه فكيف يضمن إذا هلك قبل البلد؟ وهو إنما يصير له بعد الوصول إليها، وإنما يكون الطعام كله لربه وعليه إجارة حمله كله، وهذا هو الصواب كما في مسألة دبغ [الجلود ونسج]⁷⁰⁵ [الثوب على أن له نصف ذلك إذا فرغ فعمل على ذلك فإن له أجر عمله والثوب والجلود لربها فكذا هذا. انتهى. أبو الحسن: ويظهر لي أن قول ابن أخي هشام هو ظاهر الكتاب من قوله [لأنه شيء]⁷⁰⁶ [بعينه بيع على أن يتأخر قبضه تأمله. وفي مسألة الجلود والثوب شرط أنه إنما يقبض بعد الفراغ. انتهى. فإن أفات

الحديث

699 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 ويحيى 192 ويم 8 ومايaby 64 وم 142 وسيد 65.

700 - هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم ب ما في المطبوع أن تنقده وهو الذي في م 142 ويحيى 192 ويم 96.

701 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 403 وم 142 ويحيى 192 ويم 9 ومايaby 64.

702 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم 142 ويحيى 192 ويم 9 ومايaby 64.

703 - * في المطبوع وسيد 65 عليك وما بين المعقوفين من يحيى 192 وم 142 ومايaby 65 ويم 9.

704 - في المطبوع تضمن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 403 وم 142 ويم 9 ومايaby 65 ويحيى 192 وسيد 65.

705 - في المطبوع ونصها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم ويحيى 192 ويم 9 ومايaby 65.

706 - في المطبوع لأنه لا شيء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم ويحيى 192 ويم 9 ومايaby 65.

وَكَايْنُ خِطَّتْهُ الْيَوْمَ بَكْذَا وَإِلَّا فَبَكْذَا وَاعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي فَمَا حَصَلَ فَلَكَ نِصْفُهُ وَهُوَ لِلْعَامِلِ وَعَلَيْهِ أَجْرُهَا عَكْسُ لِتُكْرِيهَا وَكَبَيْعِهِ نِصْفًا بَأْنْ يَبِيعَ نِصْفًا إِلَّا فِي الْبَلَدِ إِنْ أَجَلًا وَلَمْ يَكُنِ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا.

نص خليل

[الحمال⁷⁰⁷] النصف بعد وصوله للبلد المحمول إليه فعليه مثله في ذلك الموضع وله جميع الكراء. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: وَكَيْنُ خِطَّتْهُ الْيَوْمَ بَكْذَا وَإِلَّا فَبَكْذَا ش: قَالَ فِيهَا: وَإِنْ آجَرْتَ رَجُلًا يَخِيطُ لَكَ ثَوْبًا إِنْ خَاطَهُ الْيَوْمَ فَبَدْرَهْمٍ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا [فبنصف⁷⁰⁸] درهم، / أَوْ قُلْتَ لَهُ إِنْ خَطْتَ خِيَاطَةَ رُومِيَّةٍ فَبَدْرَهْمٍ، وَإِنْ خَطَّتْهُ خِيَاطَةَ عَرَبِيَّةٍ فَبنِصْفِ درهمٍ لَمْ يَجْزْ، وَهُوَ مِنْ وَجْهِ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، فَإِنْ خَاطَهُ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ، زَادَ عَلَى التَّسْمِيَةِ أَوْ نَقَصَ، قَالَ غَيْرُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى إِلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى الدَّرْهَمِ أَوْ يَنْقُصَ مِنْ نِصْفِ الدَّرْهَمِ فَلَا يَزَادُ وَلَا يَنْقُصُ. أَبُو الْحَسَنِ: وَيُعْتَبَرُ فِي التَّقْوِيمِ التَّعْجِيلُ وَالتَّأْخِيرُ، أَيُّ يَقَالُ كَمْ قِيَمَةُ خِيَاطَةِ هَذَا الثَّوْبِ الْيَوْمَ، وَكَمْ قِيَمَةُ خِيَاطَتِهِ إِلَى غَدٍ، وَنَحْوُهُ فِي ابْنِ يُونُسَ، سَحْنُونُ: وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَحْسَنُ.

404

فرعان: الأول: إِذَا اسْتَأْجَرَهُ عَلَى خِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدْرَهْمٍ ثُمَّ قَالَ لَهُ عَجَلْ لِي الْيَوْمَ وَأَزِيدْكَ نِصْفَ درهمٍ فَإِنْ كَانَ عَلَى يَقِينٍ مِنْ أَنَّهُ يُمْكِنُهُ تَعْجِيلُهُ فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ لَا يَدْرِي إِذَا أَجْهَدَ نَفْسَهُ هَلْ يَتِمُّ أَمْ لَا؟ فَكُرْهُهُ مَالِكٌ، وَمِثْلُهُ اسْتِئْجَارُ رَسُولٍ عَلَى تَبْلِيغِ كِتَابٍ لِبَلَدٍ بِكَذَا ثُمَّ زِيَادَتُهُ عَلَى أَنْ يَسْرِعَ فِي السَّيْرِ فَيُبْلِغَهُ فِي يَوْمٍ كَذَا يَفْصَلُ فِيهِ كَمَا تَقْدُمُ. هَذَا الَّذِي ارْتَضَاهُ ابْنُ رَشْدٍ فِي رِسْمِ سَلَفٍ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنَ الْإِجَارَةِ، وَنَصَهُ: سَأَلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَسْتَخِيطُ الثَّوْبَ بِدْرَهْمٍ، ثُمَّ يَقُولُ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ عَجَلْ لِي الْيَوْمَ وَلَكَ نِصْفُ درهمٍ قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى بِهِ بَأْسًا وَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ خَفِيفًا، وَلَمْ يَرَهُ كَالرَّسُولِ يَزَادُ لِسُرْعَةِ السَّيْرِ. قَالَ ابْنُ رَشْدٍ: أَمَّا الَّذِي يَسْتَخِيطُ الرَّجُلَ الثَّوْبَ بِأَجَلٍ مَسْمُومٍ ثُمَّ يَزِيدُهُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَعْجَلَهُ لَهُ فَلَا إِشْكَالَ أَنْ ذَلِكَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ تَعْجِيلُهُ مُمْكِنٌ لَهُ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَعَمَّدَ تَأْخِيرَهُ وَمُظْلَهُ إِضْرَارًا بِهِ لَغَيْرِ سَبَبٍ، وَلَهُ أَنْ يَتَسَّعَ فِي عَمَلِهِ وَيُؤَخِّرَهُ لِعَمَلٍ غَيْرِهِ قَبْلَهُ أَوْ لَلِاسْتِغْثَالِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ حَوَائِجِهِ عَلَى مَا جَرَى مِنْ عَرَفِ الصَّنَاعِ فِي التَّرَاخِي فِي أَعْمَالِهِمْ، فَإِذَا زَادَهُ عَلَى أَنْ يَتَفَرَّغَ لَهُ وَيَعْجَلَهُ جَازٍ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَا زَادَهُ عَلَى فَعَلٍ مَا يَقْدَرُ عَلَيْهِ وَلَا يُلْزَمُهُ. انْتَهَى. وَنَقَلَهُ ابْنُ عَرَفَةَ، وَبَعْضُ الْكَلَامِ فِي التَّوْضِيحِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الثاني: مَنْ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا يَخِيطُونَ [الثياب⁷⁰⁹] كُلَّ شَهْرٍ بِشَيْءٍ مَسْمُومٍ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَطْرَحَ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ ثِيَابًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ فَرَّغَ مِنْهَا فِي يَوْمٍ فَلَهُ بَقِيَّتُهُ وَإِنْ لَمْ يَفْرِغْ مِنْهَا فِي يَوْمٍ كَانَ عَلَيْهِ يَوْمٌ آخَرَ لَا [يَحْسِبُهُ⁷¹⁰] لَهُ فِي [شهره⁷¹¹] إِنْ كَانَ ذَلِكَ كَثِيرًا لِكثْرَةِ الْغَرَرِ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يَسِيرًا فَذَلِكَ خَفِيفٌ. قَالَ فِي أَوَّلِ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنَ الْإِجَارَةِ.

ص: وَاعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي فَمَا حَصَلَ فَلَكَ نِصْفُهُ ش: قَالَ ابْنُ غَازِي: أَيُّ فَمَا حَصَلَ مِنْ ثَمَنٍ أَوْ أَجْرَةٍ

الحديث

707 - فِي الْمَطْبُوعِ الْحَمَلُ وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 403 وَمِ وَيَحْيَى 192 وَمِ 9 وَمَايَابَى 65.

708 * - فِي الْمَطْبُوعِ وَمَايَابَى 65 فَنِصْفُ وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ سِيدِ 65 وَمِ 142 وَمِ 9 وَالتَّهْذِيبُ ج 3 ص 346.

709 - فِي الْمَطْبُوعِ الثَّوْبُ وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 404 وَمِ وَيَحْيَى 192 وَمِ 9 وَمَايَابَى 65.

710 - فِي الْمَطْبُوعِ وَمَايَابَى 65 يَحْسِبُهُ وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ ذِي ص 404 وَمِ 143 وَسِيدِ 65 وَيَحْيَى 193 وَمِ 9.

711 - فِي الْمَطْبُوعِ وَمِ 9 شَهْرٍ وَيَحْيَى 193 وَمَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ مِنْ نِ عُدُودِ ص 404 وَمَايَابَى 65 وَيَحْيَى 193 وَمِ 143 وَسِيدِ 65.

متن الخطاب بدلالة قوله بعد: "وَجَازَ بِنَصْفِ مَا يَحْتَطِبُ عَلَيْهَا". انتهى. وقوله: "من أجرة" لعله يريد في صورة العكس التي في قوله: "عكس لتكريها"، وإلا فليس في هذه الصورة أجرة إنما فيها ثمن، ولفظ المصنف نحو لفظ المدونة، [وفسره⁷¹²] الشارح بأن المراد الثمن.

تنبيهات: الأول: لا فرق في ذلك بين الدابة والسفينة والإبل. قاله في المدونة. وكذلك في عكس هذه المسألة لا فرق بينهما، وزاد في المدونة معها في هذه مسألة الدار والحمام؛ أعني فيما إذا دفع إليه هذه الأشياء ليكريها وسكت في المسألة الأولى؛ أعني قوله اعمل على دابتي عن الدار والحمام فقال عياض: لأن ما لا يذهب به ولا عمل فيه لمتوليه كالرباع فهو فيها أجير والكسب لربها، ويستوي فيها اعمل وأجر، ونقله أبو الحسن وقبله، وكذلك قال اللخمي: قوله في السفينة أكرها واعمَل عليها سواء إن كان فيها [قومة⁷¹³] ربها؛ [كأنه⁷¹⁴] إنما يتولى العقد فغلتها لربها وله أجر مثله، ولو

كان سافر فيها بمتاعه فالربح له ولربها/ الإجارة، والحمام والفرن إن لم يكن فيهما دواب ولا آلة الطحن كان ما يؤجر به للعامل [وعليه⁷¹⁵] أجر المثل، وإن كانا بدوابهما ويشترى الحطب من [عنده⁷¹⁶] صاحبهما أو من غلتهما فما أصاب لربهما، [وللعامل أجرة⁷¹⁷] المثل، وإنما هو قيم فيهما، وكذا الفندق ما أكرى به مساكنه لربه وللقيم إجارته. انتهى.

الثاني: لا فرق أيضا فيما إذا قال اعمل على دابتي أو في سفينتي أو إبلي [بين⁷¹⁸] أن يقول لي أو لا يقولها على ظاهر رواية الأكثرين وصريح رواية الدباغ، وفي الجلاب: إذا قال اعمل لي كان الكسب كله لرب الدابة. قال عياض: والصواب الأول، ولا فرق بين أن يقول لي أو لم يقلها إذ هو المقصود. نقله أبو الحسن.

الثالث: إذا أصيب ما عمل عليها قبل بيعه فهو من العامل. نقله أبو الحسن. الرابع: إذا قال اعمل على دابتي. قال ابن عرفة: الصقلي: لو عمل فلم يجد شيئا فعليه الكراء لأنه في ذمته، ولا بن حبيب إن عرف أنه عاقه عائق فلا شيء عليه إذا لم يكرها بشيء مضمون عليه. قلت: وهذا نحو اختلافهم في القرض على الأداء من شيء بعينه يتعذر، وهو مذكور في [القرض⁷¹⁹]. وقال قبله اللخمي: إن قال [أكر⁷²⁰] دابتي ولك نصف ما تكريها به فمضى بها ثم ردها وتعسر عليه كراؤها لم يكن له شيء لأنه فاسد، والحكم أن يردّها ولا يتم ذلك الفاسد.

- 712 - في المطبوع وفسر وما بين المعقوفين من يحيى 193 وسيد 65 ومايaby 65.
713 * - في المطبوع قومه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايaby 66.
714 * - في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايaby 66.
715 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويحيى 193 ويم 9 ومايaby 66.
716 - في المطبوع عند ويحيى 193 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم 9 ومايaby 66.
717 - في المطبوع وعليه ويحيى 193 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم 10 ومايaby 66.
718 - في المطبوع وبين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويحيى 193 ويم 10 ومايaby 66.
719 - في المطبوع القراض وما بين المعقوفين من م 143 ويحيى 193 وسيد 65 ومايaby 66.
720 - في المطبوع إكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405.

نص خليل

وَجَارَ بِنَصْفٍ مَا يَحْتَضِبُ عَلَيْهَا وَصَاعٍ دَقِيقٍ مِّنْهُ أَوْ مِنْ زَيْتٍ لَّمْ يَخْتَلِفْ وَاسْتَتَجَارُ الْمَالِكُ مِنْهُ وَتَعْلِيمُهُ بِعَمَلِهِ سَنَةً مِّنْ أَخْذِهِ وَاحْصُدْ هَذَا وَلَكَ نِصْفُهُ وَمَا حَصَدْتَ فَلَكَ نِصْفُهُ.

متن الخطاب

الخامس: لو قال أكرها فعمل عليها كان الكسب للعامل ولربها كراء المثل لأنه تعدى على منافع الدابة على غير ما أذن له، وإن قال اعمل عليها فأكرها فقال ابن القاسم ما أكريت به للأجير ولربها إجارة المثل، وقال في كتاب الشفعة: ما أكريت به لربها لأن ضمان منافعها منه. انتهى من ابن عرفة. السادس: من هذا الباب لو قلت له بع سلعتي والثلث بيني وبينك أو ما زاد على مائة بيني وبينك فقال في المدونة: ذلك لا يجوز، والثلث له وللباع أجر مثله. ابن يونس عن بعض القرويين: الفرق بين إن وقف وساموم ولم يأت أحد فالأشبه له أجر مثله، إلا أن يتأول أنه جعل فاسد، والأشبه الأول. أبو الحسن: وهذا على أن جعل الفاسد يرد إلى صحيح أصله، وعلى أنه يرد إلى صحيح غيره له أجر مثله.

ص: وجاز بنصف ما يحتطب عليها ش: وكذا إن قال لك نقلة ولي نقلة أو ما تنقل اليوم لي وغدا لك أو تعمل عليها اليوم لي وتبيعه وتعمل عليها غدا لك فإن شئت بعتة، وإن شئت أخذته لنفسك. نقله ابن عرفة وغيره.

تنبيهات: الأول: إذا قال بنصف ما تحتطب عليها لي جائز كما تقدم، وقد يعرض له ما يفسده كقوله ولا تأخذ نصفك إلا بعد بيعه مجتمعا أو نقله لموضع كذا مجتمعا. قاله ابن عرفة.

الثاني: إذا وقع على الوجه الفاسد فالكسب بينهما نصفان، ويرجع العامل على ربها بنصف إجارة مثله، ويغرم لربها نصف كراء الدابة في ذلك العمل. قاله ابن عرفة أيضا.

الثالث: إذا قال اعمل عليها اليوم لي وغدا لك فقد تقدم أنه جائز أيضا. اللخمي: فإن عمل اليوم/ ثم تلفت الدابة فللعامل على ربها أجر مثله، وليس له أن يكلفه أن يأتي بأخرى، فلو عمل ما للعامل وتلفت قبل أن يعمل ما لربها فهل لربها كراؤها، أو يأتيه بدابة أخرى يعمل عليها لأن الممول عليه لا يتعين؟ والأول أبين؛ لأن خلف ذلك يتعذر. ابن عرفة: القول الأول قول ابن القاسم في العتبية، ولما ذكره الصقلي قال: الشيخ: أعرف فيها أن على رب الدابة أن يأتيه بأخرى يعمل عليها وهو على أصلهم.

[الرابع: ⁷²¹] قال في الطرر: فيمن أعطى دابته وفأسه على أن الحطب مناصفة فضاء الفأس فضمانه من ربه، ويحلف الأجير إن كان متهما، ونقله ألوانوغي هنا.

ص: واستتجار المالك منه ش: يريد ما لم يؤد إلى دفع قليل في كثير كما في بيوع الآجال.

ص: وتعليمه بعمله سنة من أخذه ش: قال أبو الحسن في الكبير بعد أن نقل عن عبد الحق والتونسي كلاما طويلا: تحقيق هذا الذي قالوه في مسألة الغلام أو معلم الصناعة باع منفعه بمنافع الغلام سنة فإذا مات الغلام عند تمام المدة فلا كلام، وإن مات قبل الشروع في المدة فلا كلام أيضا في فسخ الإجارة بينهما، وإن مات قبل تمام المدة فلا بد من المحاسبة، فإن الصانع ثلثي الصنعة

406

الحديث

نص خليل وكِرَاءُ دَابَّةٍ لِكَذَا عَلَى إِنْ اسْتَعْنَى فِيهَا حَاسِبًا.

متن الخطاب ووفى الغلام ثلث العمل فقط وجب المردود للصانع ، وهو ثلث إجارته يرجع به على سيد الغلام ؛ إذ هي بقية قيمة منافعه التي وفى ، ولو كان الحال بالعكس بأن يوفى العامل ثلثي العمل ولم [يحقق⁷²²] له المعلم إلا ثلث الصنعة لوجب المردود للسيد يرجع بثلث أجرة الغلام ، ولو استويا فيما وفى كل واحد لصاحبه لسقطت المراجعة بينهما. انتهى. ابن عرفة: بعض شيوخ عبد الحق ما حاصله: إن مات في نصف السنة ، فإن كان قيمة تعليمه في النصف الأول مثلي قيمة تعليمه في النصف الثاني ، وقيمة عمله في النصف الأول نصف قيمة عمله في النصف الثاني رجع [على⁷²³] ربه بثلث قيمة تعليمه.

قلت: الأظهر منع إجارته بعمله لأنه يختلف بحسب سرعة تعلمه وبعده. انتهى.
ص: وإجارة دابة لكذا على إن استغنى فيها حاسب ش: لو قال على إن استغنى عنها لكان أبين ، ويريد بشرط [أن لا⁷²⁴] ينقد لأنه إن نقد يكون تارة ثمنا وتارة سلفا. قاله في التوضيح ، وعزاه لمالك في العتبية والموازية ، والمسألة في أول كتاب الرواحل من البيان ، ولا مفهوم لقوله: "دابة" بل وكذلك غيرها إذ يجوز أن يستأجر الرجل الرجل شهرا على أن يبيع له ثوبا على أن المستأجر متى شاء أن يترك ترك إذا لم ينقد ، ثم نقله في/ التوضيح عن المدونة. ثم قال: [ومنعها⁷²⁵] سحنون. قال في البيان: [والجواز أظهر، ووافق سحنون⁷²⁶] على الجواز في كراء الدار سنة على أنه إن خرج قبلها حاسبه. انتهى كلام التوضيح. ومسألة كراء الدار هذه في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الدور والأرضين.

فرع: فإن اكرت دابة لبلد معين على أنه إن لم يجد حاجته فيها تقدم إلى موضع آخر فقال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كراء الدور: في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك لا يجوز إلا أن يسمى الموضع الذي شرط أنه بالخيار في أن يتقدم إليه ويكون تبعا للكراء الأول وبحسابه ، فإن لم يكن تبعا للكراء الأول ، أو كان بخلافه أرخص أو أغلا أو مبهما لا يدري إن كان بحسابه أم لا إلا بعد النظر لم يجر ، وهو مذهب ابن الماجشون ، والثاني أن ذلك جائز إذا سمي الموضع الذي شرط أن يتقدم إليه أو كان وجهه معروفا ، فإن لم يسمه كان بحساب الكراء الأول وإن لم يكن تبعا ، وهو ظاهر قول مالك في أول رسم من سماع أشهب بعد هذا ، وما في رسم أوصى من سماع عيسى بعد هذا ، والثالث أن ذلك جائز إذا سمي الموضع الذي شرط أن يتقدم إليه أو كان وجهه معروفا وإن كان بخلاف الكراء الأول أو غير تبع له ، وهذا قول ابن القاسم. انتهى. وانظر توجيهها فيه ، والمراد بكونه تبعا يعني أقل من الأول. والله أعلم.

الحديث

722 - في المطبوع يحد ومايأبى 67 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم 10.

723 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويحيى 193 ويم 10 ومايأبى 67.

724 - في المطبوع لا أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويحيى 193 ويم 10 ومايأبى 67.

725 - في المطبوع وم 143 ومايأبى 67 ومنعهما وما بين المعقوفين من سيد 65 ويم 11 ويحيى 194 والتوضيح ج 3 ص 280.

726 - في المطبوع والجواز ووافق أظهر سحنون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 407 ويحيى 194 ويم 11 ومايأبى 67.

وَاسْتِئْجَارُ مُؤَجَّرٍ أَوْ مُسْتَثْنَى مُنْفَعْتُهُ وَالنَّقْدُ فِيهِ إِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ غَالِبًا.

نص خليل

متن الخطاب

ص: واستئجار مؤجر ش: تصوره ظاهر.
 فرع: قال في كتاب الجعل والإجارة من معين الحكام: إذا اكرت دارا عشر سنين بعدد معلوم دفعه إليه وسكن الدار شهرا أو سنة ثم أراد اشتراها من ربها فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: شراء المكتري لها عندي جائز، وهو فسخ لما تقدم من الكراء، وعلى هذا لو انهدمت الدار قبل انقضاء أمد الكراء كانت المصيبة من المشتري؛ إذ الكراء قد انفسخ، وقال الشيخ أبو عمران: شراء المكتري لها جائز، ويكون ذلك فسخا للكراء، ويكون بقية الكراء مضافا إلى ثمن الدار فيجعل ذلك كله ثمنا للدار. انتهى.
 ونقل الوانوغلي في الثمن قولين: الأول أنه ما وقع به البيع دون الأجرة، والثاني ما وقع به البيع وما يجب لبقيّة المدة من الكراء، ونصه: ما [نقله⁷²⁷] [ابن عبد الرقيق⁷²⁸] عن أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي نقله ابن سهل وابن عات، وقد اتفقا على أن ذلك فسخ لما بقي من المدة فقال أبو بكر الثمن ما وقع به البيع دونه، وصوبه ابن سهل.

وقال أبو عمران: الثمن ما وقع به البيع وما يجب لبقيّة المدة من الكراء. انتهى. ومنه قبل هذا بنحو الورقتين: ومن أجر أمته لم يمنع من وطئها، فإن حملت انفسخت الإجارة إذا كان الحمل منه، ومن أجر عبده ثم باعه فالإجارة أولى به، فإن كانت الإجارة كالיום واليومين جاز البيع، وإن بعدت مدة الإجارة فسخ البيع، ونحو هذا في المدونة. قال أبو الحسن في الكبير: قال عبد الحق: وهذا إذا رضي المبتاع، وإلا فله القيام بهذا العيب إذا لم يعلم أنه في إجارة. انتهى. وقال في معين الحكام أيضا: مسألة: لو أجره شهرا ثم باعه فلم يعلم المشتري حتى انقضى الشهر قال بعض المتأخرين: البيع ماض، وهو كعيب ذهب، وللمشتري أجرة الشهر، أحب البائع أم كره، ولا يدخله بيع عبد وذهب بذهب لأن هذا أمر جرت إليه الأحكام. قال بعضهم: الإجارة للبائع، ويخير المشتري في أن يأخذه بغير إجارة أو يرده، ولا يجوز أن يتراضيا على أخذ العبد وإجارته. انتهى منه.

قال أبو الحسن عن ابن يونس: وقيل بل يقوم العبد على أن يقبض يوم عقد البيع، ثم يقوم على أن يقبض بعد شهر فما نقص رجع بحصة ذلك من الثمن، وهذا أحسنها. صح منه، وهو لأبي إسحاق ومنه وإن كان إنما علم بها بعد انقضاء الإجارة وكانت قريبة كالיום واليومين جاز، ويختلف هل له متكلم في إجارة هذين اليومين على ما سيأتي. انتهى. ويشير إلى الاختلاف المتقدم في الأمد/ البعيد. والله أعلم. وفي الإجارة من المعونة: فصل: يجوز للمؤاجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي من مدة الإجارة مالا يكون غررا يخاف تغيرها في مثله خلافا لأبي حنيفة ولأحد قولي الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر؛ لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء أمد الإجارة، وكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع أصله إذا باع أمة قد زوجها، وقال فيها أيضا: ويجوز بيع العين المستأجرة من مستأجرها وغيره، والمنفعة للمستأجر إلى انقضاء الإجارة، وللمؤجر جميع الاجرة، وفي جهل المشتري الإجارة يثبت له الخيار. انتهى. وقال ابن جزى في القوانين: ويجوز بيع الأرض والرباع المكتراة خلافا للشافعية، ولا

408

الحديث

727 - في المطبوع نقل وما بين المعقوفين من يحيى 194 وسيد 65 وما يابى 67 ويم 11.

728 - في المطبوع وم 144 ويم 11 وما يابى 67 ابن الرقيق وما بين المعقوفين من يحيى 194.

وَعَدَمُ التَّسْمِيَةِ لِكُلِّ سَنَةٍ وَكَرَاءُ أَرْضٍ لِيَتَّخِذَ مَسْجِدًا مُدَّةً.

متن الخطاب

ينفسخ الكراء ويكون واجب الكراء في بقية أمد الكراء للبائع، ولا يجوز أن يشترطه المشتري لأنه يؤل إلى الربا، إلا إن كان البيع بعروض، وإن لم يعلم المشتري أن الأرض مكترة فذلك عيب وله القيام به. انتهى. وفي كتاب الإجارة من الجلاب: ومن [أكرى⁷²⁹] دارا أو أرضا مدة معلومة فلا بأس أن يبيعها من مكتريها قبل تمام المدة، ولا بأس أن يبيعها من [غيره إذا⁷³⁰] أعلمه بالإجارة، فإن باعها منه ولم يعلم المشتري بالإجارة فهو عيب، إن شاء المشتري رضي به، وإن شاء رد، ولا سبيل له إلى فسخ الإجارة قبل مضي المدة، والأجرة على كل حال للبائع دون المبتاع. قال التلمساني: لأنه ليس في ذلك أكثر من أنه باع دارا أو أرضا يتأخر قبضها مدة من الزمان لا تتغير في مثلها، ولا يجوز أن يشترط الأجرة المشتري لنفسه لأنه يدخله الذهب بالذهب متفاضلا. ثم قال: قال مالك: ومن ساقى حائطا ثم باعه فالبيع ماض [والسقاء ثابت⁷³¹] لا ينقضه البيع. الأبهري: لأن عقد المساقاة لازم كعقد الإجارة. انتهى. ونحوه للقرافي.

وفي أواخر مسائل الإجارة من البرزلي ما نصه: مسألة: ابن عات: من أكرى داره ثم باعها فإما أن يبيعها من المكتري أو من غيره، فإن باعها من غيره فإن لم يعلم بالكراء فهو عيب إن شاء رد وإن شاء تماسك، وإن علم به فلا رد له ولا كراء إلا أن يشترطه، وإن اشترطه فإن وجب الكراء للبائع أو بعضه بمضي المدة فلا خلاف في المنع إذا بيعت الدار بذهب وهو ذهب، ولا بالورق على قول ابن القاسم، إلا أن يكون الثمن نقدا أو يكون أقل من صرف دينار، وإن لم يجب شيء من الكراء على المكتري للبائع لكونه لم يمض من المدة شيء، وإن اشترطه في العقد ففي جوازه قولان؛ فابن رزق يجيزه، ووافقه غيره، ومنهم من منعه، ونسب لابن القاسم في الدميائية، ومنهم من قال هو للمبتاع اشترطه أم لا، وأما إن باعها من المكتري فقال ابن عبد الرحمن وأبو عمران هو جائز، وهو فسخ لما تقدم من الكراء في قول أبي بكر بن عبد الرحمن ولما بقي من المدة في قول أبي عمران. ابن سهل: وجواب أبي عمران أميل إلى الصواب، وسئل الشارقي وابن دحون وابن الشقاق عن المكتري إذا ابتاعها بشرط أن الكراء عنه محطوط فأجابوا أن ذلك لا يجوز. ابن دحون: هذا إن كان إسقاطه مشروطا في العقد، وإن وضعه البائع بعد البيع جاز.

قال الشارقي: وأجازه ابن حزم وهو خطأ. يريد أنه ابتاع الدار والكراء [الذي⁷³²] عليه بالثمن الذي دفع فصار ذهبا وعرضا بذهب وهو بين الفساد. ابن سهل: [وجواب هؤلاء⁷³³] لا يدل على أن الكراء لا يفسخه الشرط. انظر تمامه. انتهى. وانظر الجواهر وكلام الوانوغلي في جوابه. والله أعلم. ص: وعدم التسمية لكل سنة ش: قال في التوضيح: يجوز ذلك كما يجوز أن يستأجر سنة بكذا وإن لم يعين لكل شهر شيئا، وكأن المقصود من شهور السنة بعضها كما أشار إليه في المدونة في دور مكة ويرجع إلى التقويم عند حصول مانع.

الحديث

729 - في المطبوع أكثرى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 ومايأبى 68.

730 - في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 ويحيى 194 ويم 11 ومايأبى 68.

731 - في المطبوع والمسا ثابتة وما بين المعقوفين من مايأبى 68 وسيد 65.

732 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى 195 وم 144 وسيد 65 ومايأبى 69.

733 - في المطبوع وجوابها ولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 ويحيى 195 ويم 12 ومايأبى 69.

وَالنَّقْضُ لِرَبِّهِ إِذَا انْقَضَتْ وَعَلَى طَرَحٍ مَيْتَةٍ وَالْقِصَاصِ وَالْأَدَبِ وَعَبْدٌ خَمْسَةَ عَشَرَ عَامًا.

نص خليل

متن الخطاب

409

تفريع: فإن شرط الرجوع إن حصل مانع إلى القيمة دون التسمية جاز اتفاقا، وإن شرط الرجوع للتسمية دون/ القيمة امتنع اتفاقا، وإن دخلا على [السكت⁷³⁴] فمذهب ابن القاسم وروايته في المدونة أن التسمية لغو، ويقضى بالقيمة وهو قول أصبغ وسحنون، ولمالك في العتبية أن الكراء فاسد. ذكر ذلك في البيان، وانظر ابن عرفة في ابتداء مدة السكنى. والله أعلم.

ص: والنقض لربه ش: انظر على من تكون أجرة نقضه، والظاهر أنها على [المبتاع⁷³⁵]. قال اللخمي: وإن أكرى أرضه لمن يتخذها مسجدا وضربا لذلك أجلا جاز، فإن انقضى الأجل كان له أن ينقض [من⁷³⁶] ذلك ما لا يصح بقاءه للسكنى، ولا يوافق بناء الدور وما يصح بقاءه إن لم يجعله حبسا كان لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته منقوضا، وإن حبسه فاختلف هل له أخذه؟ وأن ذلك له أحسن. انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله كلام اللخمي هذا: قلت: قوله: "له نقض ما لا يصح للسكنى" تبع فيه التونسي قال: لأن رب الأرض لا يقدر أن ينتفع بها على صورة مسجد دارا. الصقلي عن بعض القرويين: إلا أن يلتزم إبقاءه مسجدا فيأخذه بقيمته منقوضا، ويلزمه إبقاءه مسجدا. انتهى.

ص: وعلى طرح ميتة ش: قال في المدونة: ولا بأس بالاستئجار على طرح الميتة والدم والعذرة. انتهى. ونبه على هذا لئلا يتوهم أن هذه الأشياء لما كانت محرمة كان الأجر على ذلك محرما كالاستئجار على حمل الخمر؛ لأن المحرم الاستئجار على حمل الخمر للانتفاع بها، ولو استؤجر على طرحها وإراققتها جاز. قال أبو الحسن في الكبير: والفرق بينهما أنه في مسألة الخمر آجر نفسه على حمل الخمر للانتفاع بها وذلك حرام، وفي مسألة الميتة الإجارة على طرحها لا للانتفاع بها، ولو كانت الإجارة على الميتة للانتفاع بها لم يجز كالخمر. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولا يؤاجر على طرح الميتة بجلدها؛ إذ لا يجوز بيعه وإن دبغ. انتهى. ص: والقصاص والأدب ش: قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: الإجارة على القتل والجراح جائزة إذا كان عن قصاص أو لحق الله تعالى، ولا يستأجر في ذلك إلا من يرى أنه يأتي الأمر على وجهه ولا يعيب في القتل ولا يجاوز في الجرح. انتهى. وقال في المدونة: ولا بأس بالإجارة على قتل قصاص أو على ضرب عبدك وولدك للأدب، وأما لغير ما ينبغي من الأدب فلا يعجبني، وإن آجره على قتل رجل ظلما فلا آجر له. انتهى. أبو الحسن: قوله أو على ضرب ولدك أو عبدك قالوا ويصدق أنه فعل ما يوجب ذلك، فلو أقر في العبد أنه لم يفعل ما يوجب عليه الأدب، فهل يمكن من الضرب اليسير دون سبب أو لا؟ في ذلك اختلاف، ويصدق في الزوجة أنها فعلت ما يستوجب الضرب. انتهى. وانظر تمامها فيه. والله أعلم.

ص: وعبد خمسة عشر عاما ش: نحوه في المدونة، وفي سماع أشهب من الإجارة: سئل مالك عن استأجر أجيورا خمسة عشر عاما؟ قال: هذا كثير لا يصلح، ولكن لا بأس أن يستأجر عاما وينقده

الحديث

734 - في المطبوع السكة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 ويحيى 195 ويم 12 ومايaby 69.

735 - في المطبوع البائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 ومايaby 69.

736 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 ويحيى 195 ويم 12 ومايaby 69.

نص خليل

وَيَوْمٍ أَوْ خِيَاظَةٍ ثَوْبٍ مَثَلًا وَهَلْ تَفْسُدُ إِنْ جَمَعَهُمَا وَتَسَاوَيَا أَوْ مُطْلَقًا خِلَافٌ وَبَيِّنُ دَارٍ لِنَقْبُضَ بَعْدَ عَامٍ وَأَرْضٍ لِعَشْرِ وَاسْتِرْضَاغٌ.

متن الخطاب

إجارته. ابن رشد: قوله: "وينقذه إجارته" دليل على أنه إنما كره الخمسة عشر عاما مع النقد، وظاهر ما في الجعل والإجارة إجازة النقد في الخمسة عشر عاما خلاف قول غيره فيها. انتهى. اللخمي: الأمد في المستأجر يختلف باختلاف الأمن والخوف في تلك المدة، فأوسعها في الأجل الأرضون ثم الدور ثم العبيد ثم الدواب ثم الثياب فيجوز كراء الأرض ثلاثين سنة وأربعين بغير نقد إلا أن تكون مأمونة الشرب فيجوز مع النقد، ويجوز مثل ذلك في الدور إذا كانت/ جديدة مأمونة البناء، وإن كانت قديمة فدون ذلك قدر ما يرى أنه يؤمن سلامتها في الغالب، واختلف في العبيد فأجاز في كتاب محمد العشرين سنة بالنقد، وفي المدونة: خمسة عشر سنة، ومنعه غير ابن القاسم في العشرين، وأرى أن ينظر في ذلك إلى سن العبد، وكذلك الحيوان يختلف في إجارته باختلاف العادة في أعمارها، فالبغال أوسعها أجلا لأنها أطول أعمارا، والحمير دون ذلك، والإبل دون ذلك، والملابس في الأجل مثل ذلك، ويفترق الأجل في الحرير والكتان والصوف والقديم والجديد فيضرب من الأجل لكل واحد بقدره. انتهى.

410

فرع: قال في المدونة: والموصى له بخدمة عبد عشر سنين لا بأس أن [يكريه⁷³⁷] عشر سنين أبو الحسن: معناه ويجوز النقد فيه بشرط، وأما الموصى له بخدمة عبد حياته فلا يجوز أن يكريه عشر سنين. ابن يونس: يريد بالنقد، وأما إذا لم ينقد فجائز لأنه كلما عمل أخذ بحسابه. والله أعلم.

ص: ويوم أو خياطة ثوب مثلا وهل تفسد إن جمعتهما وتساويا أو مطلقا خلاف ش: يعني أن المنفعة التي هي أحد أركان الإجارة إذا كانت صنعة يجوز أن تقيد بالزمن كخياطة يوم مثلا أو بمحل تلك الصنعة كخياطة ثوب مثلا، فإن جمع بينهما أي بين التقييد بالمحل والزمن فقال في البيان في شرح أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة: فإن كان الأمر في ذلك مشكلا فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، وإن كان [لا إشكال⁷³⁸] في أن العمل يمكن تمامه قبل انقضاء الأجل، فقد قيل إن ذلك جائز والمشهور أن ذلك لا يجوز. انتهى. ونقله في التوضيح، وكذا قال اللخمي، إلا أنه اختار القول بامضاء هذه العقدة. نقله عنه ابن عرفة، وقال ابن عبد السلام: الذي قاله من يرتضى من الشيوخ أن الزمن الذي قيدت به الإجارة إن كان أوسع من العمل بكثير فلا يختلف في الجواز، وإن كان أضيق بكثير فلا يختلف في المنع، وإن كان الزمن مساويا لمقدار العمل ففيه قولان. اختلف الشيوخ في تعيين المشهور [منهما⁷³⁹]. انتهى باختصار. فالضيق لا يجوز، والمساوي لا يجوز أيضا عند ابن رشد باتفاق، وعند ابن عبد السلام على أحد المشهورين، فجزم المصنف بالفساد فيه لقوة القول بالفساد؛ لحكاية ابن رشد الاتفاق، والواسع يجوز عند ابن عبد السلام باتفاق، ويمنع عند ابن رشد على

الحديث

737 - في المطبوع يكثره وما بين المعقوفين من م 145 ويم 13 وما يابى 70 وسيد 66 ويحيى 185.

738 - في المطبوع الإشكال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 410 ويحيى 195 وما يابى 70.

739 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 410 وما يابى 70.

والعرف في كغسل خرقته ولزوجهما فسخه إن لم يَأْذَنْ كَأَهْلِ الطِّفْلِ إِذَا حَمَلَتْ وَمَوْتَ إِحْدَى الظُّرَيْنِ.

المشهور، وإلى اتفاق ابن عبد السلام هذا ومشهور ابن رشد أشار بالخلاف، والضيق لم يتعرض له لأنه واضح الفساد، ولأنه لما لم يحك مع التساوي قولاً بالجواز علم أن الضيق أخرى منه، / فقوله: "وتساويا" مفهومه إن لم يتساويا يريد بأن كان أوسع فلا تفسد على القول الأول، ثم قال: أو مطلقاً أي تفسد مطلقاً، سواء كان مساوياً أم واسعاً خلافه والله أعلم.

فرع: قال في شرح مسألة [في] [أول رسم [من] [سماع أشهب: فعلى القول بأن ذلك لا يجوز يكون للأجير إن فاتت الإجارة بالعمل أجرة مثله بالغة ما بلغت على تعجيلها أو تأخيرها، [وأما] [على القول بأن ذلك جائز، فإن فرغ منه في اليوم الذي سمي كانت له الإجارة المسماة، وإن لم يفرغ منه إلا بعد ذلك كانت له إجارته على غير التعجيل؛ لأن المستأجر إنما رضي [بما رضي] [به من الأجرة على التعجيل، فإذا [أخطأه] [ذلك لم ينبغ أن [يؤخذ] [ماله باطلاً. انتهى.

ص: والعرف في كغسل [خرقه] [ش: قال ابن غازي: أي وجاز اعتبار العرف أو واعتبر العرف. انتهى. قال في التوضيح عند قول ابن الحاجب: "ويحمل في الدهان وغسل الخرق وغيره على العرف، وقيل على الظئر قوله: "وغيره" أي كحميمه ودق ريحانه ونحو ذلك على العرف، فإن اقتضى أنه على الظئر فعليها، وإن اقتضى أنه على الأب فعليها، وهذا مذهب المدونة، ولم يصرح فيها بالحكم إذا لم يكن عرف، نعم نص ابن حبيب على أنه مع عدم العرف على الأب، وقوله: "وقيل على الظئر" أي مع عدم العرف؛ لأن العرف محل اتفاق، وهذا القول لابن عبد الحكم، وكلامه يوهم أن هذا القول يخالف مع ثبوت العرف. انتهى.

ص: ولزوجهما فسخه إن لم يَأْذَنْ ش: تصوره واضح، ونحوه في المدونة. قال فيها: وترضعه حيث اشترطوا، فإن لم يشترطوا موضعاً فشأن الناس الرضاع عند الأبوين، إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الناس، أو يكون الأب وضعياً لا يرضع مثلها عنده فذلك لها، وقال أبو الحسن: اللخمي: ورضاع الولد في بيتها إلا أن تكون العادة رضاعه عند أبويه؛ لأن من باع سلعة معينة لم يكن عليه نقلها إلى دار [المشتري].

ص: كأهل الطفل إذا حملت ش: ولهم فسخ الإجارة إلا أن يخاف على الصبي الموت فيكون عليهم فسخ الإجارة وإن خيف عليه ضرر غير الموت فيكون لهم تركه ولكن على [الكرهية] [أبو الحسن. وهذا -والله أعلم- إذا لم يتحقق الضرر.

فرع: قال في المدونة: ولا يلزمها أن تأتي بغيرها. أبو الحسن: ولا يلزم الأب ذلك إذا طلبته هي وإن تراضيا على ذلك، فإن كان نقدها الأجرة فلا يجوز لأنه فسخ دين في دين على أصل ابن القاسم، وإن لم ينقد جاز. انتهى. وكرر المصنف المسألة في آخر الباب في قوله: "وحمل ظئر أو مرض".

ص: وموت إحدى الظئرين ش: الظئر [بكسر الظاء] [المعجمة والهمزة المضع، ويريد المصنف إذا استأجرهما جميعاً أو استأجر الثانية بعد الأولى وعلمت بها. قال في المدونة: ومن آجر

740 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ما يابى 70 وم 145 ويحيى 196 وسيد 66.

741 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 145 وسيد 66 ويحيى 196 وما يابى 70.

742 - في المطبوع فأما وما بين المعقوفين من البيان ج 8 ص 447.

743 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج 8 ص 447.

744 - في المطبوع أعطاه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 411 وما يابى 70 ويم 13 ويحيى 196 وسيد 66 وم 145.

745 - في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من البيان، ج 8 ص 447.

746 - في المطبوع خرقه وما بين المعقوفين من يحيى 196 وسيد 66 وما يابى 70.

747 - في م 145 ويحيى 186 وما يابى 71 وسيد 66 مشتريها.

748 - في المطبوع الكراهة هذا قاله وما بين المعقوفين من م 145 ويحيى 196 ويحيى 196 وسيد 66.

749 - في المطبوع بالظاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 411 ويحيى 196 ويم 13 وما يابى 71.

وَمَوْتَ أَبِيهِ وَلَمْ تَقْبِضْ أَجْرَهُ إِلَّا أَنْ يَنْطَوَّعَ بِهَا مُنْطَوَّعٌ.

متن الخطاب ظئرين فماتت واحدة فللباقية أن لا ترضع وحدها، ومن أجر واحدة ثم أجر أخرى فماتت الثانية فالرضاع للأولى لازم كما كانت، وإن ماتت الأولى فعليه أن يأتي بمن ترضع مع الثانية. قال أبو الحسن: عبد الحق: هذا إن علمت حين الإجارة أن معها غيرها، وإن لم تعلم فلا كلام لها لأنها دخلت على أن ترضع وحدها، وكذلك ذكر حمديس.

فرع: قال في المدونة: وإذا مرضت الظئر مرضاً لا تقدر معه على الرضاع فسخت الإجارة، ولو صحت في بقية منها أجبرت على الرضاع بقيتها، ولها من الأجر بقدر ما أرضعت، وليس [عليها]⁷⁵⁰ أن ترضع ما مرضت. قال غيره إلا أن يكون الكراء انفسخ بينهما فلا تعود. قال ابن القاسم: وإن تمادى بها مرضها حتى مضى وقت الإجارة فلا تعود إلى رضاع. أبو الحسن: مفهوم كلامه ولو كان مرضاً تقدر معه على الرضاع لم ينفسخ وإن كان يضر به وليس كذلك. قال اللخمي: تفسخ الإجارة بمرضها إن لم يرج برؤها عن قرب، فإن كان يرى أنه لا يذهب عن قرب، ثم تبين خلاف ذلك وذهب قريباً لم تنقض الإجارة إن لم يكونا تفاسخاً، ويختلف إن كانا تفاسخاً هل ذلك حكم مضى، أو/ يرد لأنهما أخطأ فيما ظنا؟ أبو الحسن: وإن كان يذهب عن قرب فلا تفسخ الإجارة، وظاهر قوله فيها: ولو صحت في بقية المدة أجبرت، سواء فسخت الإجارة أو لم تفسخ، فيكون قول الغير خلافاً، وقد اختلف الشيوخ في ذلك هل هو خلاف أو تفسير؟ ويكون معنى قول ابن القاسم: "أجبرت" ما لم يتفاسخا. انتهى.

412

قلت: وهذا هو الظاهر، وسيذكر المصنف مسألة مرض المرضعة في آخر الباب.

فرع: قال أبو الحسن: اللخمي: إن تكفلت قبل الإجارة ووجب سجنها سجن، ثم ينظر في فسح الإجارة حسبما تقدم في مرضها، وإن تكفلت بعد الإجارة لم تسجن؛ لأن ذلك تطوع يمنع من قبض ما باعته. انتهى. وقد تقدم في باب الضمان نحو هذا وأوسع منه فانظره.

ص: وموت أبيه ولم تقبض أجره إلا أن يتطوع بها متطوع ش: قال في المدونة: وإن مات الأب ولم يدع مالا ولم تأخذ الظئر من إجارته شيئاً فلها فسح الإجارة، ولو تطوع رجل بأدائها لم تفسخ، وما وجب للظئر فيما مضى ففي مال الأب وذمته ولا طلب فيه على الصبي. انتهى. قال ابن يونس: ولو قبضت إجارته ولم يدع الأب شيئاً لم يكن للورثة أن يفسخوا الإجارة ويأخذوا منها حصة باقي المدة ولكن يتبعون الصبي بما ينوبهم من أجره باقيها، وهذا استحسان وتوسط بين القولين. انتهى. وقال في المدونة قبل ذلك: وإن هلك الأب فحصة باقي المدة من الأجر في مال الولد قدمه الأب أو لم يقدمه، وترجع حصة باقي المدة من الأجرة إن قدمه الأب ميراثاً وليس ذلك عطية وجبت؛ إذ لو مات الصبي لم تورث عنه وكانت للأب خاصة دون أمه ففارق معنى الضمان. انتهى. قاله في النكت، وهذا بخلاف ما إذا قدم الأب أجره تعليم ولده ثم مات فإنها لا تكون ميراثاً، والفرق بينهما أن التعليم لا يلزم الأب، فلما أوجبه على نفسه لزمه حياً وميتاً، وأما أجره الرضاع فهي واجبة على الأب فإنما قدم ما يلزمه، فإذا مات سقط ذلك، إلا أن يعلم أن الأب قدم ذلك للولد خوفاً الموت فيكون عطية

نص خليل

وَكُظْهُورٍ مُسْتَأْجَرٍ أَوْ جَرٍ بِأَكْلِهِ أَكُولًا وَمُنْعَ زَوْجٍ رَضِيَ مِنْ وَطْءٍ وَلَوْ لَمْ يَضُرْ وَسَفَرٍ كَأَن تَرْضَعَ مَعَهُ وَلَا يَسْتَتْبِعُ حَضَانَةً كَعَكْسِهِ وَيَبِيعُهُ سِلْعَةً عَلَى أَنْ يَتَّجِرَ بِثَمْنِهَا سَنَةً إِنْ شَرَطَ الْخَلْفَ كَغَنَمٍ لَمْ تُعَيَّنْ وَإِلَّا فَلَهُ الْخَلْفُ عَلَى آجِرِهِ.

متن الخطاب

أوجبها في صحته فلا سبيل إلى أن تكون ميراثا، وتستوي إجارة الظئر وإجارة التعليم، وأعرف نحو هذا التفسير لابن المواز. انتهى.

ص: وكظهور مستأجر استؤجر بأكله أكولا ش: يعني أن الإجارة تنفسخ بذلك، ويريد إلا أن يرضى الأجير بطعام مثله، وليس للأجير أن يجبره على ذلك لئلا يضر به. بعض الأصحاب: ويحتمل أن يعطيه طعاما وسطا كمن استؤجر على حمل رجلين لم يرهما فأتي بهما عظيمين فلا يلزمه حملهما ويأتي بالوسط، وفيه نظر؛ لأن المحمول لا يتعين فلذلك لزم فيه الوسط. قاله في كتاب النفقات من التوضيح. والله أعلم.

413

ص: ومنع زوج رضي من وطء ولو لم يضر ش: فإن تعدى ووطئ فلا يبي الرضيع فسخ الإجارة لما يتقى من الضرر. قاله مالك وابن القاسم، وخالفهما ابن الماجشون ولم يفسخه. من الوثائق. انتهى من المسائل الملقطة. وأظن أن مراده وثائق الجزيري أو الوثائق المجموعة. والله أعلم.

ص: وسفر ش: قال أبو الحسن: قال ابن عبد الحكم: إذا أراد الزوج السفر بها فإن أجرت بإذنه لم يكن له ذلك، وإن كان بغير إذنه كان له فسخ الإجارة. [اهـ. 751]

فرع: قال في المدونة: وإن سافر الأبوان فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعا إلى الظئر جميع الأجرة. أبو الحسن عن ابن يونس: كل ما صنعت الظئر أو والد الصبي مما تنفسخ به الإجارة فليس له ذلك إلا بالطوع من الآخر، وكل ما نزل بهما من أمر من الله مما لا صنع لهما فيه فهذا يفسخ الإجارة وإن كره الآخر.

فرع: قال المشذلي: نزلت هذه المسألة [امرأة⁷⁵²] آجرت نفسها بغير إذن زوجها، ولم يعلم إلا بعد مدة فتنازعت معه لمن يكون ما أخذت في أجرة رضاعها فوقع الحكم بأن ما مضى من المدة لها بحسابه، وله فسخ الإجارة فيما يستقبل، ولا حجة للزوج بأنه ملك منافعها فباعتها بغير إذنه لأنه ليس له عليها إلا منافع الأشياء الباطنة. انتهى.

ص: وبيعه سلعاً على أن يتجر بثمنها سنة ش: قال الشارح: أي وهكذا يجوز أن يبيع له سلعاً على أن يبيع تلك السلعة ويتجر بثمنها سنة. انتهى.

قلت: قوله على أن يبيع تلك السلعة ليس هو من تمام صورة المسألة، بل هو مفسد للعقد إن وقع كذلك، وصورة المسألة التي أشار إليها المصنف هي أن يبيع له سلعاً بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة كما ستقف عليه في كلام المدونة في القولة التي بعد هذه. والله أعلم.

ص: كغنم لم تعين وإلا فله الخلف على آجره ش: كذا في كثير من النسخ بلم قبل الفعل المضارع

الحديث

751 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 413 ويحيى 197 ويم 14 ومايبي 71.

752 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يم 14.

متن الخطاب 414 المبني للمفعول، وهي/ مشكلة؛ [لاقتضائها⁷⁵³] أن الغنم إذا لم تعين لا تجوز الإجارة عليها إلا بشرط الخلف، وليس كذلك، ويصير قوله: "وإلا فله الخلف" لا معنى له؛ لأنه إن حمل على أن المعنى وإن عينت فله الخلف ويريد مع عدم الشرط فليس بصحيح؛ لأن العقد فاسد إذا لم يشترط الخلف في المعينة، وإن أريد مع الشرط فيكون مستغنى عنه، وقد تكلف البساطي رحمه الله في توجيه ذلك فقال: التشبيه وقع بين الغنم إذا لم تعين وبين التجرة بثمن السلعة سنة مع شرط الخلف في أن على المالك الخلف لا في صحة الإجارة بالشرط وعدم صحتها مع عدمه؛ يعني أن الغنم إذا لم تعين صحت الإجارة عليها وإن لم يشترط الخلف، والحكم أنه يقضى عليه بالخلف، بخلاف المعينة فإنها لا تصح إلا بشرط الخلف. فافهمه فإنه كاللغز، ويحتمل أن يكون التشبيه في الجواز؛ أي يجوز كذا كما يجوز الاستئجار على رعي غنم لم تعين، وذكر لفظ المدونة الآتي. قال: وقوله: "وإلا فله الخلف" معناه على الأول أنه يقضى عليه بالخلف في غير المعينة، وإن عينت [أي⁷⁵⁴] مع الشرط فله أن يأتي بالخلف، أو يدفع جميع الأجرة، ومعناه على الثاني أن الاستئجار على الغنم المعينة لا يجوز؛ يعني إلا بشرط الخلف وهو على أجره الأول. انتهى. وهو في غاية التكلف بعيد الملاءمة لكلام المصنف. وفي بعض النسخ المصححة: كغنم عينت بالفعل الماضي المبني للمفعول، وإلا فله الخلف على أجره، وهذه لا إشكال فيها، ومعناها أن الغنم إذا كانت معينة فإنه تجوز الإجارة على رعيها إذا شرط الخلف، وإن لم تكن معينة فلا يحتاج إلى شرط، وله الخلف على أجره؛ يريد أو يدفع له الأجرة كاملة. قال في [أول كتاب⁷⁵⁵] الإجارة من المدونة:

[قال مالك: ⁷⁵⁶] ومن باع من رجل سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة كان كمن أجره على أن يتجر له بهذه المائة سنة أو يرعى له غنما بعينها سنة، فإن شرط في العقد خلف ما هلك أو تلف جاز، وإلا لم يجز، فإن شرط ذلك فهلك من ذلك شيء فأبى ربه من خلفه قيل له أد الإجارة واذهب بسلام، وتكون له أجرته تامة، ولو أجره على رعاية مائة شاة غير معينة جاز، وإن لم يشترط خلف ما مات منها، وله خلف ما مات منها بالقضاء، فإن كانت معينة فلا بد من الشرط. انتهى. وكلام المصنف كما ترى مطابق لهذا على النسخة الثانية، وقوله: "على أجره" أتى به لزيادة البيان، وإلا فمعلوم أن الذي له الخلف إنما هو الآجر؛ أعني رب الغنم. والله أعلم. وبقيّة الكلام على شروط المسألة وتفريعاتها مبسوط في [شروح⁷⁵⁷] المدونة، وذكروا من جملة شروط المسألة أن لا يشترط عليه أن يتجر بالربح، بخلاف أولاد الغنم يجوز أن يشترط عليه أن يرعى أولادها؛ قالوا لأن الربح مجهول وما تلده الغنم معروف، والذي يظهر أنه غير معروف لاحتمال ولادتها واحدا أو أكثر، إلا أنه أقل غررا من الثمن. فتأمل.

753 - في المطبوع لاقتضائها وما بين المعقوفين من سيد66.

754 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 414 ويحيى 197 ويم 14 ومايبي 72.

755 - في المطبوع كتاب أوائل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 414 ويحيى 197 ويم 14 ومايبي 73.

756 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 414 ويحيى 197 ويم 14 ومايبي 73.

757 - في المطبوع شرح وما بين المعقوفين من مايبي 73.

كَرَاكِبٍ وَحَافَتِي نَهْرِكَ لِيَبْنِي بَيْتًا وَطَرِيقٍ فِي دَارٍ وَمَسِيلٍ مَصَبٍّ مَرَحَاضٍ لَا مِيرَابٍ إِلَّا لِمَنْزِلِكَ فِي
أَرْضِهِ وَكَرَاءَ رَحَى مَاءٍ بَطْعَامٍ أَوْ غَيْرِهِ وَعَلَى تَعْلِيمِ قُرْآنٍ مُشَاهَرَةً أَوْ عَلَى الْحِدَاقِ وَأَخَذَهَا وَإِنْ لَمْ تُشْتَرَطْ
وَإِجَارَةُ مَاعُونٍ كَصَحْفَةٍ وَقِدْرٍ وَعَلَى حَفْرِ بئرٍ إِجَارَةً وَجَعَالَةً وَيُكْرَهُ حَلْيٌ.

ص: كراكب ش: يعني أن الراكب إذا تعذر ركوبه فإنه لا ينفسخ الكراء، ويلزمه أو ورثته إن مات
أن يأتوا بالخلف، أو يدفعوا جميع الأجرة، فإنه لا يتعين بالتعيين. والله أعلم.

ص: وطريق في دار ش: إذا كان يصل بذلك إلى منفعة. أبو الحسن عن أشهب: وإلا فهو أكل المال
بالباطل.

ص: أو مسيل مصب مرحاض ش: قال في المحكم: المرحاض المغتسل، ومنه قيل لموضع الخلاء
مرحاض.

/ ص: وكراء رحا ماء بطعام ش: نحوه في الإجارة من المدونة - قالوا نبه عليه لكون الطحن بالماء
ربما يتوهم في الماء أنه لا يباع بطعام، أو أن الرحا لما كانت متشبثة بالأرض فيكون من كراء الأرض
بالطعام. المشذلي: ونحوه كراء المعصرة بالزيت والملاحة بالملح. والله أعلم.

ص: أو على الحذاق ش: بالذال المعجمة كذا في الصحاح وغيره. وقال الشيخ زروق: الحذاق بكسر
الحاء والذال المهملتين. انتهى. وفيه نظر، فإني لم أره لغيره.

ص: وعلى حفر بئر إجارة وجعالة ش: ويجوز الجعل، سواء كانت في ملك الجاعل أم لا عند ابن
القاسم، خلافا لابن المواز. ذكره الشيخ خليل في باب الجعل في شرح قول ابن الحاجب: "وفي جوازه
في الشيء الكثير قولان". وانظر الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: "ولا يضرب في الجعل أجل في رد
أبق" فإنه اقتصر على قول ابن المواز، ونقل ابن عرفة في آخر كتاب الجعل عن المتيطي أن الجم
الغفير على هذا القول؛ أعني قول ابن المواز، وقال قبله بنحو الورقتين إن الجعل على الحفر لا
يكون فيما يملكه الجاعل على المشهور. ذكره إثر الكلام الآتي ذكره فراجع. والله أعلم. وذكر
شرطين آخرين: أحدهما اختبار الأرض في لينها وقساوتها، والثاني استواء الجاعل والمجعول له في
العلم بها والجهل، وهذان الشرطان متدافعان كما يظهر؛ لأن الأول يقتضي أن من شرط الجعل العلم
بحال الأرض، والثاني يقتضي أن شرط الجعل استواء الجاعل والمجعول له في العلم بها أو الجهل،
ويفهم من كلام ابن عبد السلام أن الأول اشترطه في المدونة، والثاني اشترطه في العتبية
فهما قولان. قال ابن عرفة في باب الجعل: ابن الحاجب: العمل كعمل الإجارة إلا أنه لا يشترط
كونه معلوما، فإن مسافة الآبق والضالة غير معلومة. ابن عبد السلام: كلامه يوهم العموم في كل
أنواع [عمل⁷⁵⁸] الجعالة، وليس كذلك مذهب المدونة لا يجوز الجعل في حفر البئر إلا بعد خبرتهما
الأرض معا، وشرط في العتبية استواء حال الجاعل والمجعول له في العلم بحال الأرض.

قلت: عزوه للمدونة شرط الخبرة لا أعرفه في الجعل نصا ولا ظاهرا، بل بلزوم يأتي محله إنما ذكره في
الإجارة، ولعله اعتمد في ذلك على ظاهر لفظ الصقلي، قال ما نصه: قال مالك: لا بأس بالإجارة على

نص خليل كَإِجَارٍ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةٍ أَوْ تُوبٍ لِمِثْلِهِ.

متن الخطاب

416 حفر بئر بموضع كذا/ وقد خبرا الأرض، وإن لم يخبرها لم يجز. قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إن عرفا الأرض بلين أو شدة أو جهلاها معا جاز، وإن علم ذلك أحدهما وجهله الآخر لم يجز الجعل فيه. انتهى. وهذا كالنص في حمل مسألة المدونة على الجعل لذكره عليها نقل يحيى عن ابن القاسم في الجعل.

قلت: لفظها في الأم: قلت: إن استأجرت من يحفر لي بئرا بموضع من المواضع قال إن خبروا الأرض فلا بأس، وإن لم يخبروها فلا خير فيه. كذا سمعت مالكا، وسمعته في الإجارة على حفر فقر النخل يحفرها إلى أن يبلغ الماء إن عرفا الأرض فلا بأس، وإن لم يعرفها فلا أحبه.

قلت: فلفظ الإجارة مع ذكر فقر النخل كالنص في عدم الجعل؛ لأن حفر فقر النخل إنما يكون في الأرض المملوكة دائما أو غالبا، والجعل على الحفر على المشهور لا يكون فيما يملكه الجاعل، وتقدم نقل الشيخ عن محمد عن ابن القاسم إن كانت الأرض لمستأجر لم يجز فيها جعل على بناء أو حفر، وما نسب لابن الحاجب من إيهام العموم مثله لفظ المقدمات والتلقين. اهـ كلام ابن عرفة بلفظه.

ص: [كإيجار مستأجر] ⁷⁵⁹ دابة أو [توب] ⁷⁶⁰ لثله ش: كذا في بعض النسخ، وهي بينة موافقة لما في الإجارة من المدونة، وفي بعض النسخ كإيجار مستأجر دابة أو لفظ لثله بأو العاطفة ولفظ بلام الجر [واللفظ] ⁷⁶¹ من الفظاظ، وهي عبارة [قلقة] ⁷⁶² ولعله وقع فيها تقديم أو على لفظ غلطا من الناسخ، ويكون أصليا لفظ أو لثله، ويكون المعنى أنه يكره أن يؤجرها لفظ أو لثله، ويكون المؤلف في عهدة أن إيجارها لفظ مكروه، فإن الذي ذكره في كتاب الإجارة من المدونة أنه كره إيجارها لثله أو أخف منه، وأما من هو أفظ منه أو ليس مثله في الأمانة فقد صرح للخمي بأنه يكون متعديا، وظاهره المنع، ونص على المنع أبو الحسن الصغير، وصرح به في العتبية عن أصبغ في سماع عيسى من كتاب الإجارة، فلو قال المصنف لثله أو أخف كان جاريا على لفظ المدونة، ولمالك في كراء الرواحل إجازة كراء الدابة لثله أو أخف.

تنبيه: ما ذكره من الكراهة إنما هو إذا اكتراها للركوب. قال في الإجارة منها: وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه [كراءها] ⁷⁶³ من غيره، كان مثله أو أخف منه، فإن أكرها لم أفسخه، وإن تلفت لم يضمن إن كان أكرها فيما اكتراها فيه من مثله في حاله وأمانته وخفته، ولو بدا له عن السفر أو مات أكريت من مثله، وكذلك الثياب في الحياة والمات، وليس ككراء الحمولة والسفينة والدار هذا له أن يكرى ذلك من مثله في مثل ما اكتراها له. أبو الحسن عن ابن يونس: يعني من غير كراهة. انتهى. وقيد اللخمي جواز كرائها إذا كانت مكتراة للحمل بأن يصحبها ربها في السفر، وأما إن كان المكتري هو الذي يسافر بها فهي بمنزلة التي للركوب، وكذلك ذكر ابن يونس عن ابن حبيب وقبله، وزاد ابن حبيب: إلا أن يكون ربها يعلم أن المكتري لا يسوقها بنفسه فلا حجة له، وذكر اللخمي أنه إذا

الحديث

⁷⁵⁹ - في المطبوع بعض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 416 ويحيى 198 وبم 15 ومايأبى 74.

⁷⁶⁰ - في المطبوع توبا وما بين المعقوفين من مايأبى 74 وبم 15.

⁷⁶¹ - في المطبوع ولفظ وما بين المعقوفين من مايأبى 74 وبم 15.

⁷⁶² - في المطبوع وبم 15 ومايأبى 74 غلقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 416 ويحيى 198.

⁷⁶³ - في المطبوع كراؤها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 416 ومايأبى 74.

أراد كراءها من غيره وكان اكتراها للركوب أو للحمل لم يكن له ذلك حتى يعلم صاحبها، فإن أعلمه وسلم أن الثاني كالأول أكرها وإن كره، وإن خالف في ذلك رفع للحاكم، فإن كان الأمر على ما قال صاحب الدابة منعه، وإن كان لا مضرة عليه أمضى كراءه ومكن الثاني، فإن لم يعلم صاحبها حتى سافر الثاني، أو علم وغلبه نظر في ذلك، فإن كان الأمر لو رفع للحاكم مكنه من السفر لم يكن عليه شيء، وإن كان يمنعه من السفر كان على حكم المتعدي، فإن سلمت أخذه بفضل كراء الثاني عن الأول، وإن حدث عيب ضمنه إن كان العيب لأجل ركوبه، وإذا كان متعديا في كرائها من الثاني فإن كان غير مأمون فادعى ضياعها ضمن الأول لأنه متعدد، ولم يرجع على الثاني؛ لأنه أذن له، ولو كان الأول عديما إلا أن يكون الثاني عالما بتعديه ضمن لأنه متعدد، واختلف إن حدث عيب من غير سبب الركوب هل/ يضمنه الأول، أو لا يضمنه؟ وكذلك إذا علم الضياع ببينة أو أكرها من مثله في الأمانة وأضر منه في الركوب وادعى الضياع هل يضمن أم لا؛ لأنه غير الوجه الذي تعدى به؟ ولا أرى أن يضمن الأول، إلا أن يؤتى من سبب الوجه الذي تعدى به. انتهى من كراء الرواحل. وعلم منه أنه إذا أعلم صاحبها عند كرائها من غيره لم يكره، وأن كراءه إياها لمن ليس مثله ممنوع لأنه جعله متعديا. والله تعالى أعلم.

وقال في العمدة: ويجب تعيين المركوب لا الراكب، وله استيفاء المنفعة بنفسه أو بمثله خفة وحذاق بالمسير. ثم قال: ومن اكرى دارا فله أن يسكنها أو يسكنها أو يؤجرها من مؤجرها أو أجنبي مثل [الأجر⁷⁶⁴] أو أقل أو أكثر. انتهى. وله نحوه في الإرشاد. قال الشيخ سليمان في شرح الإرشاد: قال في العمدة: ثم إن محل استيفاء المنفعة لا يتعين. وإن عين، بل للمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره، وله أن يؤجر مؤجره وغيره بمثل الإجارة وبالأقل والأكثر. قال في شرحه: معناه إذا استأجر الرجل دارا ليسكنها أو دابة ليركبها ونحو ذلك لم يتعين عليه أن يسكنها أو يركبها هو بنفسه، ولو عين نفسه للسكنى أو للركوب، بل له أن يسكنها أو يكرىها لمن شاء ممن هو في رفقه في السكنى وفي خفته في الركوب وحذقه في المسير، وذلك لأنه قد ملك المنفعة بالعقد، فله أن يملكها لمن شاء كسائر أملاكه، ولهذا يكون له إجارة ما استأجره ممن شاء بما شاء. هذا وقد قال في المدونة: وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراءها لغيره وإن كان أخف منه أو مثله، وإن أكرها لم أفسخه، وعلى هذا اقتصر خليل في مختصره. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولا يتعين الراكب، ولو عين لم يلزم تعيينه، وجعل مثله فادنى، واستثقله مالك في الدابة خاصة إلا أن يموت أو يبدو له. انتهى.

فرع: لو شرط رب الدابة على المكتري أنه لا يكرىها لغيره فكننت كتبت أولا بأنني لم أر الآن [فيها⁷⁶⁵] نصا صريحا، والظاهر أنه يجوز له أن يكرىها لمثله أو أخف، ويبطل الشرط لما تقدم في كلام ابن الحاجب وصاحب العمدة أن ما يستوفى به لا يتعين ولو عين، وقال في كتاب الدور من المدونة: ومن اكرى دارا فله أن يكرىها من مثله بأكثر من الكراء أو بأقل، ومن اكرى حانوتا للقصورة فله كراؤه من حداد أو طحان أو غيره، إلا أن يكون ذلك أكثر ضررا بالبنيان فيمنع، وله ذلك في

764 - في المطبوع الآجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 417 وما يابى 75.

765 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من م 147 ويم 16 وما يابى 75 وسيد 67 ويحيى 188.

نص خليل وتعليم فقهِه وفرائض كَبَيْعِ كُتْبِهِ وَقِرَاءَةِ بِلْحَنِ وَكَرَاءِ دُفٍّ.

متن الخطاب

المساوي. ثم قال: ومن اكرتري بيتا وشرط أن لا يسكن معه [أحد⁷⁶⁶] فتزوج أو ابتاع رقيقا، فإن لم يكن في سكناهم ضرر على رب البيت لم يكن له أن يمنعه، وإن كان في سكناهم ضرر فله منعه، وقد تكون غرفة ضعيفة الخشب ونحوه فينظر في ذلك. انتهى. وقال في الوثائق المجموعة: وإن اكرتري غرفة فشرط عليه ربها أن لا يسكن معه غيره فيها لضعف خشب الغرفة وما أشبهه فله شرطه. انتهى. فإن كان إذا شرط أن لا يسكن معه غيره لا يوفى له بذلك إذا لم يكن فيه ضرر فمن باب أولى أن لا يوفى له إذا أراد أن يسكن من هو مثله. فتأمل. ثم رأيت النص فيه نقله الشارح عن ابن يونس في شرح قوله: "وشهر على [إن سكن⁷⁶⁷] يوما لزم إن ملك البقية" في أول فصل جاز كراء حمام، ونصه: ابن يونس عن بعض القرويين: ظاهره أن العقد جائز، وأنه بالخيار ما لم يسكن، فإذا سكن انعقد الكراء في الشهر، فإن أراد إن سكنت فالكراء لي لازم، وليس لي أن أكرى من غيري كان هذا من بيع الشروط التي يبيع منه على أن لا يبيع ولا يهب؛ فهذا لو أسقطوا الشرط على أحد القولين تم الكراء، وأما إن شرط إن خرجت عاد المسكن للمكري وعليه جملة الكراء فهذا فاسد لا بد من فسخه لأنه غرر. انتهى.

فرع: قال في المدونة في مسألة كراء الثوب: فإن هلك بيدك لم تضمنه، وإن دفعته إلى غيرك كنت ضامنا إن تلف، أبو الحسن: ظاهره ولو كان مثله، وقال سحنون لا يضمن إذا كان مثله، ومسألة من اكرتري فسطاطا إلى مكة فأكرهه من مثله في مثل/ حاجته إليه هي الأصل، وقال ابن القاسم فيها ذلك جائز. قال في التوضيح: وفي استدلال سحنون نظري؛ لأن الاختلاف في اللبس أكثر من الاختلاف في الفسطاط.

418

ص: وتعليم فقهِه وفرائض ش: أي وتكره الإجارة على تعليم فقهِه وفرائض، ونحوه في المدونة. اللخمي: ويجوز للمفتي أن يكون له [جار⁷⁶⁸] من بيت المال ولا يأخذ أجرا ممن يفتيه، وقد تقدم ذلك، ونقله ابن عرفة وقال: قلت: في الأجر على الشهادة خلاف، وكذلك في الرواية، وكذلك من يشغله ذلك عن جل تكسبه فأخذه الأجرة من غير بيت المال لتعذرها منه عندي خفيف، وهو محمل ما سمعته من غير واحد عن بعض شيوخ شيوخنا؛ وهو الشيخ أبو علي بن علوان أنه كان يأخذ الأجر الخفيف في بعض فتاويه. انتهى. وفي باب الأقضية شيء منه.

ص: وقراءة بلحن ش: حملة الشيخ بهرام على أن مراده ذكر كراهية [قراءة⁷⁶⁹] القرآن بالألحان؛ لأنه الذي ذكره هنا في المدونة، إلا أنه يصير تكرارا مع قوله في فصل سجود [التلاوة: ⁷⁷⁰] "وقراءة [بتلحين⁷⁷¹]"] وحملة البساطي على أن مراده ذكر كراهية الإجارة على تعليم القرآن بالألحان. قال: لأنه الآن ليس في عد المكروهات من غير هذا الباب، وهذا الثاني هو الأنسب بسياق كلام المؤلف، وكان الحامل للشارح على حملة على الأول أنه لم يصرح في المدونة بكراهية الإجارة عليهما، وهو إن كان كذلك قد يؤخذ من كونه مكروها أن تكون الإجارة عليه مكروهة،

الحديث

766 - في المطبوع أحدا وما بين المعقوفين من م 147 وسيد 67 ويحيى.

767 - في المطبوع أن يسكن وما بين المعقوفين من م 147.

768 - في المطبوع رزق جار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ومايبي 75.

769 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ويحيى 199 ويم 16 ومايبي 75.

770 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ومايبي 76.

771 - في المطبوع تلحين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ومايبي 76.

والكلام في كون الكراهة في كلام مالك على بابها أو على المنع تقدم في سجود التلاوة، واللعن بسكون الحاء ذكره البساطي وغيره.

فرع: قال في المدونة: وأكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح أو على كتابة ذلك أو إجارة كتب فيها ذلك أو بيعها. عياض: معناه نوح المتصوفة وأناسيدهم المسمى بالتغني على طريق النوح والبكاء، ورواه بعضهم نحواً وهو غلط وخطأ. انتهى.

فرع: قال القرطبي في [أوائل شرح 772] مسلم: واعلم أن أخذ الأجرة والجعل على ادعاء علم الغيب أو ظنه لا يجوز [بالإجماع 773] على ما حكاه أبو عمر بن عبد البر. انتهى.

ص: ومعزف ش: بكسر الميم. عياض: المعازف عيدان الغناء.

ص: وكراء عبد لكافر ش: كذا في بعض النسخ بإضافة كراء لعبد واحد العبيد وجر كافر باللام، وفي بعضها وكراء لعبد كافر بإدخال اللام على عيد واحد الأعياد وإضافته لكافر، وكلاهما واضح، وفي بعضها وكراء كعبد كافر بإدخال كاف التشبيه على عبد واحد العبيد وتجريد كافر من اللام، والظاهر أنها ترجع للنسخة الأولى، ويكون كراء مضافاً إلى [كافر 774] على أنه فاعله، وفصل بينهما بكعبد

فيكون كافر مجروراً، أو يكون كراء مضافاً إلى كعبد على عادة المصنف في الإضافة إلى المجرور بكاف التشبيه، وكافر مرفوع على أنه فاعل كراء، وما ذكره الشيخ رحمه الله من أن إجارة العبد المسلم

للكافر مكروهة فإنما ذلك إذا لم يغيب عليه، وأما إن كان يغيب عليه في بيته فلا يجوز لما في ذلك من المفاسد منها استيلاء الكافر على المسلمين وإهانتهم، والتمكن من إذايتهم، وقد قال الله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ومنها ما يخشى [من 775] أنهم يفتنونهم عن دينهم

والعياذ بالله لتمكنهم منهم، ومنها [أنهم 776] ربما أطعموهم شيئاً من المحرمات كالخمر والخنزير، ومنها أنهم يمنعونهم من الواجبات، ومنها ما يخشى من وطء الإماء، فإن وقعت الإجارة على الصفة المذكورة فسخت، وقد ذكر ابن رشد في البيان أن إجارة المسلم نفسه من النصراني واليهودي على أربعة

أقسام: جائزة ومكروهة ومحظورة وحرام؛ [فالجائزة 777] [أن 778] يعمل له المسلم عملاً في بيت نفسه كالصانع الذي يعمل للناس، والمكروهة أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده؛ مثل أن يكون مقارضا أو مساقياً، والمحظورة أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده كأجير الخدمة في بيته

وإجارة المرأة لترضع له ابنته في بيته وما أشبه ذلك فهذه تفسخ إن عثر عليها، فإن فاتت مضت وكانت لها الأجرة، والحرام أن يؤاجر نفسه منه فيما لا يحل من عمل الخمر أو رعي الخنازير فهذا يفسخ قبل العمل، فإن فات تصدق بالأجرة على المساكين، فإذا كان هذا في إجارة الحر نفسه فكيف

772 * - في المطبوع شرح أوائل وما بين المعقوفين من يحيى 189 ويم 17 ومايأبى 76 وسيد 67.

773 * - في المطبوع للإجماع وما بين المعقوفين من سيد 67 ويم 17 ومايأبى 76.

774 - في المطبوع عبد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ويحيى 199 ويم 17 ومايأبى 76.

775 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى وسيد 67 ومايأبى 76.

776 - ساقطة من المطبوع وسيد 67 ومايأبى 76 وقد وردت في يحيى 189.

777 - في المطبوع فالجائز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 419 ويحيى 199 ويم 17 ومايأبى 76.

778 - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 419 ويحيى 189 وسيد 67 ويم 17 ومايأبى 76.

نص خليل وَبَنَاءُ مَسْجِدٍ لِلْكَرَاءِ.

متن الخطاب

في إجارة العبد؟ فلا شك أن إجارة العبد المسلم للكافر إذا كان يغيب عليه في بيته لا [تجوز]⁷⁷⁹ ويفسخ، ويؤدب المستأجر والمؤجر أدبا يليق بحالهما. والله أعلم.

ص: وبناء مسجد للكرء ش: قال في التهذيب: ولا يصلح أن يبني مسجدا ليكره ممن يصلي فيه، أو يكره بيته ممن يصلي فيه، وأجاز [ذلك غيره]⁷⁸⁰ في البيت. انتهى. وقال ابن يونس: ولا يجوز لأحد أن يبني مسجدا ليكره ممن يصلي فيه. ثم قال: قال ابن القاسم: ومن آجر بيته لقوم ليصلوا فيه رمضان لم يعجبني ذلك كمن أكرى المسجد، وقال غيره لا بأس بذلك في كراء البيت. انتهى. ونقل ابن عرفة لفظ التهذيب مع زيادة، ونصه: وفيها ولا يصلح أن يبني مسجدا ليكره ممن يصلي فيه ولا بيته، وإجارتها لذلك غير جائزة، وأجازه غيره في البيت. عياض: لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق. اللخمي: من بنى مسجدا ليكره جاز.

قلت: اقتصره على هذا دون ذكر قولها إنه لا يجوز غير صواب، وإن وافق مفهوم نقل الصقلي عن سحنون إنما لم يجر كراء المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى، والبيت ليس مثله وكراؤه جائز. اللخمي: إن أكرى بيته أو داره ممن يصلي فيهما في أوقات الصلوات فقط كره لأنه ليس من مكارم الأخلاق، فإن نزل مضى، وإن أخلى البيت وسلمه جاز. قال ابن عرفة: قلت: هذا يخالف قوله: "من بنى مسجدا ليكره جاز" إلا أن يريد ليكره في غير الصلاة وهو بعيد. انتهى.

قال في التنبيهات: قوله في الرجل يبني مسجدا ليكره ممن يصلي فيه جاز وكراهيته له في رواية ابن القاسم، وكذلك الذي آجر بيته من قوم ليصلوا فيه فلا يعجبني وهو كمن أكرى المسجد، وقول غيره في البيت لا بأس باستئجاره يصلي فيه وإجازه كراء الدار على أن تتخذ مسجدا بين هذه المسائل فرق، وأما الذي بنى مسجدا فأكرهه فلو أباحه للمسلمين لكان حبسا لا حكم فيه له ولا لأحد فيه وإن كان لم يبحه وإنما فعل ذلك [ليكره فهذا ليس]⁷⁸¹ من مكارم الأخلاق، وهو معنى قوله -والله أعلم- "في كراء المسجد لا يصلح، وفي كراء البيت لا يعجبني"، وأنه يجوز له فعله كما أجاز إجارة المصحف، لكنه ليس من مكارم الأخلاق وأفعال أهل الدين، وهذا معنى منع محمد عندي لإجارة المصحف. انتهى.

وقال أبو الحسن في الكبير: وانظر قوله: "لا يصلح" هل هو على الكراهة أو على المنع؟ فعلى ما نقل ابن يونس عن سحنون هو على المنع؛ لأنه قال: إنما لم يجر في المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى. وعلى ما تقدم لعياض هو على الكراهة لأنه قال: ليس هو من مكارم الأخلاق. انتهى. يشير إلى ما تقدم عن التنبيهات، ولم [تثبت]⁷⁸² عنده زيادة ابن عرفة، وثبتت عند ابن ناجي فقال: قوله: "لا يصلح" على التحريم لزيادته فيها وإجارتها/ لذلك غير جائزة. انتهى. وعلى كل حال فأكثر عبارات أهل المذهب عدم الجواز لا الكراهة كما قال المصنف، وقال أبو الحسن في التقييد الصغير إثر قوله في التهذيب: وأجاز ذلك غيره في البيت. الشيخ: وأجاز هو وغيره أن يكرى الأرض ممن يتخذها مسجدا عشر سنين فالمسجد في طرف والأرض لتتخذ مسجدا في طرف والبيت بينهما واسطة. انتهى. وحكى

420

الحديث

779 - في المطبوع يجوز وما بين المعقوفين من يحيى 189.

780 * - في المطبوع ذلك في غيره وما بين المعقوفين من يحيى 189 وسيد 67 ويم 17 وما يابى 76 وم 148.

781 * - في المطبوع ليكرهه فليس وما بين المعقوفين من يحيى 190 وسيد 67 وم 148 وما يابى 77.

782 - في المطبوع ثبت وما بين المعقوفين من ما يابى 77 وسيد 67.

الأصحاب في التوفيق بين ابن القاسم والغير في البيت وجهين؛ أحدهما أن الغير تكلم بعد الوقوع وابن القاسم قبل الوقوع. الثاني أن قول ابن القاسم فيما إذا كان يكرهه منهم في أوقات الصلاة فقط ويرجع إليه في غيرها، وقول الغير فيما إذا كان يكرهه منهم لينتفعوا به مدة كرائه للصلاة وغيرها وفيما شأوا مما هو من جنس الصلاة. انظر أبا الحسن والرخمي. والله أعلم.

ص: وسكنى فوقه ش: هذا الكلام موافق لظاهر ما في الجعل والإجارة من المدونة، ولظاهر كلام ابن يونس، ومخالف لظاهر ما يأتي للمصنف في إحياء الموات ولظاهر كلام ابن شاس هناك أيضا ولتابعيه القرافي وابن الحاجب، أما المدونة ففي التهذيب في ترجمة الإجارة على القصاص: وكره مالك السكنى بالأهل فوق ظهر المسجد. قال أبو الحسن في الكبير: ونقلها ابن يونس، وقد كره مالك أن يبني الرجل مسجدا ثم يبني فوقه بيتا يسكنه بأهله. ابن يونس: يريد لأنها إذا كانت معه صار يطؤها على ظهر المسجد وذلك مكروه، وذكر مالك أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه كان يبني على ظهر المسجد بالمدينة في الصيف فكان لا يقرب فيه امرأة. انتهى.

وقال ابن الحاجب في إحياء الموات: ويجوز للرجل جعل علو مسكنه مسجدا، ولا يجوز [جعل سفل⁷⁸³] مسجدا ويسكن العلو لأن له حرمة المسجد، ونحوه في الذخيرة وفي الجواهر. قال في التوضيح: نحوه في المدونة في باب الصلاة والواضحة. وفي كتاب الجعل من المدونة: وكره مالك السكنى إلى آخره. قال: فإن قلت: فقد صرح بالكراهة هنا خلاف ما في الواضحة؟ قيل: الظاهر حملها على المنع توفيقا بين النقلين. انتهى كلامه في التوضيح. وما نسبه للواضحة هو في أوائل الصلاة منها. قال في مختصرها: وأجاز مالك للرجل يكون له سفل وعلو أن يجعل العلو مسجدا ويسكن السفل، [ولم⁷⁸⁴] يجز له أن يجعل السفل مسجدا ويسكن العلو، وفرق بين ذلك أنه إذا جعل السفل مسجدا [فقد⁷⁸⁵] صار لما فوقه حرمة المسجد. انتهى. وأما ما نسبه للمدونة في كتاب الصلاة فليس بصريح فيما قاله.

قال في آخر الصلاة الأول من التهذيب: ولا يبني فوق المسجد بيتا ليسكن فيه. انتهى. قال أبو الحسن في الأمهات: لا يعجبني. انتهى. على أن ظاهر كلام ابن عرفة أن كلام المدونة محمول عنده على الكراهة، ونصه في أواخر صلاة الجماعة: وفيها: المسجد حبس لا يورث إذا كان صاحبه أباحه للناس، وأكره بيتا للسكنى فوقه لا تحته. انتهى. نعم حملة ابن ناجي على التحريم كالمصنف، وسيأتي كلامه، وتحقيق المسألة أن المسجد لله إذا بناه الشخص له وحيز عنه فلا ينبغي أن يختلف في أنه لا يجوز له البناء فوقه، فقد قال القرافي في الفرق الثاني عشر بعد المائتين: اعلم أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء الملك ملك، وهواء المسجد له حكم المسجد لا يقربه الجنب، ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن

783 - في المطبوع علو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 ويحيى 200 ويم 18 ومايaby 77.

784 - في المطبوع أو لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 ويحيى 200 ويم 18 ومايaby 78.

785 * - في المطبوع وقد وما بين المعقوفين من م 148 ويم 18 وفي ن عدود وذي ص 420 ويحيى 190 وسيد 67 ومايaby 78 قد.

أراد غرز خشب حولها، [ويبني⁷⁸⁶] على رؤوس الخشب سقفا عليه بنيان، ولم يخرج عن هذه القاعدة إلا فرع، وهو إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان، ثم أخذ يبين وجه خروجه إلى آخر الفرق. انتهى باللفظ. ونحوه في الذخيرة، ومثله في قواعد المقرئ قاعدة حكم الأهوية حكم ما تحتها، فهو الوقف وقف، فلا يباع هواء المسجد لمن أراد غرس الخشب حولها وبناء الهواء سقفا [وبنيانا.⁷⁸⁷] انتهى.

متن الخطاب

وقال اللخمي في كتاب الإجارة في ترجمة إجارة المسجد أو الدار: ومن بنى مسجدا/ لله [وحيز⁷⁸⁸] عنه وأحب أن يبني فوقه لم يكن له ذلك. انتهى بالمعنى. وأما إن كانت له دار لها علو وسفل فأراد أن يحبس السفل مسجدا ويبقى العلو على ملكه فظاهر ما تقدم للواضحة، وما تقدم لابن الحاجب [وتابعيه⁷⁸⁹] وما يأتي للمصنف في إحياء الموات أن هذا لا يجوز، وصرح اللخمي بجوازه. قال إثر ما تقدم عنه: وإن قال أنا أبنيه لله وأبني فوقه مسكنا وعلى هذا أبني جاز، وكذلك لو كانت الدار علوا وسفلا فأراد أن يحبس السفل مسجدا ويبقى العلو على ملكه جاز. انتهى. وينبغي أن يوفق بين هذه النقول ويجعل معنى قوله في المدونة في كتاب الصلاة: لا يعجبني أو لا يبني لا يجوز ويحمل هو وما في الواضحة وما لابن شأس وتابعيه القرافي وابن الحاجب وما يأتي للمصنف على الشق الأول الذي تقدم أنه لا ينبغي أن يختلف فيه، ويحمل ما في الجعل منها وكلام اللخمي الأخير وما للمصنف هنا على الشق الثاني وإن كان لفظ اللخمي الجواز؛ لأنه لا ينافي الكراهة، ويساعد هذا التوفيق كلام ابن ناجي، ونصه على قوله في الصلاة الأول من التهذيب: ولا يبني إلى آخره.

421

قال في الأم: لا يعجبني ذلك لأنه يصير مسكنا يجامع فيه، وذلك كالنص على التحريم، ولا أعلم فيه خلافا، وذكر أبو عمران النظائر المعلومة التي تدل على الخلاف هل ظاهر المسجد كباطنه أم لا؟ وذلك يوم جواز البناء عليه على قول، وليس كذلك لما ذكره في الأم، مع أن اللفظ يقتضي أن المسجد سبق فهو تغيير الحبس، بل ظاهرها أن من عنده علو وسفل فحبس العلو مسجدا فإنه جائز، ونص عليه اللخمي في الجعل. انتهى.

وقال على قولها في الجعل والإجارة: "وكره المتقدم" يريد [يكون⁷⁹⁰] تحبیس المسجد متأخرا عنه. انتهى. والله أعلم. ولهذا لما أن حمل ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب والذي في الصلاة الأول من المدونة على ظاهره قال ما نصه: ذكر في المدونة مثل ما قاله المؤلف من التفرقة بين السكنى على ظهر المسجد أو تحته ولم يقل لأن له حرمة المسجد؛ أي لأعلى المسجد حرمة فإن ذلك ليس بالبين، ولا سيما والكلام فيما إذا حبس على هذه الصورة. نعم ليس من الأدب الاعتلاء على رؤوس المصلين الفضلاء وأهل الخير، وقد فعل ذلك أبو أيوب الأنصاري رضي الله عنه لما أن نزل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وسكن بيتا عنده وسكن أبو أيوب غرفة عليها، وانهرقت جرة في الغرفة

الحديث

786 -* في المطبوع وبني وما بين المعقوفين من ن عدود 420.

787 -* في م 148 سقفا وبيتا.

788 - في المطبوع أحيز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 421 ويحيى 200 وبم 18 وما يابى 78.

789 -* كذا في النسخ وانظره.

790 -* في يحيى 191 ويكون.

نص خليل

بِمَنْفَعَةٍ تَنْقُومُ قَدِيرَ عَلَى تَسْلِيمِهَا بِلَا اسْتِيفَاءٍ عَيْنٍ قَصْداً وَلَا حَظَرٍ وَتَعَيْنٍ.

متن الحطاب

فخشي أن ينزل منها شيء على رسول الله صلى الله عليه وسلم فسد الكوة التي هناك بقطيفة عنده، ونقل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الغرفة ونزل هو وأهله إلى البيت¹، واحتج في المدونة لما ذكره بأن عمر بن عبد العزيز كان يبني بالمدينة فوق ظهر المسجد إذ كان أميراً فلا تقربه امرأة، وليس في هذا دليل لأن مسجد المدينة سبق تحبيسه على أيام عمر بن عبد العزيز، والسكنى بالأهل أو المبيت بهم على ظهره مخالف لمقتضى ما بني له ذلك المسجد، وإنما الكلام فيمن أراد إنشاء تحبيس مسجد على هذه الصورة. انتهى. ورأيت لبعض علماء الأندلس كلاماً أجاب به حين سئل عن كلام المصنف هنا وفي إحياء الموات، وذكر في الجواب نحو ما ذكرناه، إلا أنه جعل قول المصنف هنا: "وبناء مسجد للكراء وسكنى فوقه" مسألة واحدة؛ وهي أن يبني مسجداً ليكرهه ويتخذ فوقه بيتاً. قال: وكلامه في إحياء الموات في اتخاذ منزل فوق مسجد محبس مباح لعموم الناس. انتهى. وفي جعله الفرعين فرعاً واحداً نظراً، والصواب ما قدمناه، وبعض علماء الأندلس المشار إليه هو الشيخ العلامة مفتي غرناطة أبو عبد الله محمد بن أحمد الجعدالي الغرناطي. والله أعلم.

ص: بمَنْفَعَةٍ ش: يتعلق بقوله: "صحت الإجارة". قال الشيخ بهرام: الباء سببية. وقال البساطي للاستعانة، والظاهر الأول. قال ابن عرفة: المنفعة ما لا تمكن الإشارة إليه حساً دون [إضافة]⁷⁹¹ يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه. انتهى.

422

فرع: قال اللخمي في كتاب الشركة في شركة/ الأبدان: اختلف فيمن استأجر أجيراً ليأتيه بالغلة فأجيز ومنع. انتهى. ومذهب المدونة المنع. نص على ذلك في كتاب الجعل والإجارة [منها]⁷⁹².

ص: تتقوم ش: في كثير من النسخ بضم التاء الأولى وفتح الثانية، والظاهر فتحهما معاً، والمعنى أن لها قيمة، واحترز به من التافه الحقيير الذي لا يجوز مقابلته بالمال في نظر الشرع. البساطي: كاستئجار نار ليوقد منها سراجاً، وقد اختلف في جواز الإجارة ومنعها في فروع نظراً إلى أن المنفعة فيها متقومة أم لا، منها إجارة المصحف للقراءة فيه وإجارة الأشجار لتجفيف الثياب عليها على ما ذكره ابن الحاجب وابن شاس، ومشى المصنف فيهما على الجواز، فقول الشارحين هنا: "احترز به من إجارة الأشجار لتجفيف الثياب عليها" غير ظاهر. والله أعلم.

ص: قدر على تسليمها ش: قال القرافي: احترز من استئجار الأخرس للكلام والأعمى للإبصار وأرض الزراعة لا ماء لها قطعاً ولا غالباً، وقاله الأئمة، ومن فروع ذلك استئجار أرض الزراعة وماؤها غامر أي كثير وانكشافه نادر، ومذهب المدونة الجواز إذا لم ينقد، وعليه مشى المصنف كما سيأتي فهو راجع لهذا القيد.

تنبيهان: الأول: من فروع هذا القيد كراء المشاع. قال في المدونة: يجوز كراء المشاع كنصف عبد أو دابة. قال اللخمي: وإذا أكرى رجل من رجل نصف عبده أو دابته أو داره جاز ذلك ثم هما في العبد والدابة بالخيار بين أن يقتسما المنافع يوماً بيوم أو يومين بيومين فيستعمله المستأجر في الأيام التي

الحديث

1- عن أبي أيوب قال لما نزل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت بأبي أنت وأمي إنني أكره أن أكون فوقك وتكون أسفل مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنني أرفق بي أن أكون في السفلى لما يغشانا من الناس قال فلقد رأيت جرة لنا أنكسرت فأهريق ماؤها فقامت أنا وأم أيوب بقطيفة لنا مالنا لحاف غيرها ننشف بها الماء فرقا أن يصل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء يوذيه. الحاكم المستدرک، کتاب معرفة الصحابة، ط. دار الفكر، ج 3 ص 461.

791 - في المطبوع إقامة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 421 ويحيى 201 ويم 18 ومايaby 79.

792 - في المطبوع منهما وما بين المعقوفين من سيد 68 ومايaby 79 ويم 18.

نص خليل وَلَوْ مُصَحَّفًا وَأَرْضًا غَمَرَ مَاؤُهَا وَتَدَرَ انْكِشَافُهُ.

متن الخطاب

423

تصير إليه فيستخدم العبد ويركب الدابة، وإن شاء آجره من غيره، وإن شاء أن يؤاجر ذلك من أجنبي ويقتسما الأجرة، وإن لم يكن العبد من عبيد الخدمة وكانت له صنعة لا يمكن تبعيضها ترك لصنعتة واقتسما خراجه، وأما الدار فإن كانت تنقسم قسمت منافعها وسكن المكتري فيما يصير إليه أو أكراه، وإن كانت لا تحمل القسم أكرت واقتسما كراءها، إلا أن يحب أحدهما أن يأخذها بما يقف عليه كراؤها، وإن كان العبد أو الدابة أو الدار شركة فأكرى أحدهما نصيبه بإذن شريكه جاز، وعاد الجواب في قسمة منافعه إلى ما تقدم إذا كان جميعه لواحد، فإن أكرى ذلك بغير إذن شريكه فلم يجز ودعا إلى البيع كان له ذلك في العبد/ والدابة والدار إذا لم تنقسم، وإن لم يدع إلى البيع ورضي ببقاء الشركة لم يكن له رد الكراء، وإن كانت الدار تنقسم ودعا الشريك إلى قسمة المنافع كان ذلك له وقسمت بالقرعة، فما صار للمكري أخذه المكتري، وإن أراد المكري أن يقسم بالتراضي كان للمكتري منعه من ذلك، وإن دعا الشريك إلى قسم الرقاب كان له ذلك، ومن حق المكتري أن يقسم بالقرعة فما صار للمكري كان حق المكتري فيه، وإن اعتدلت قسمة المنافع مع قسمة الرقاب كان ذلك للمكتري، فإن كان الذي صار للمكري أقل من النصف بما لا ضرر على المكتري فيه [حط⁷⁹³] من الكراء بقدره، وإن صار له أكثر وأمكن أن يميز ذلك القدر الزائد فعل وانتفع به المكري، وإن كان لا يتميز ولا يصاب فيه مسكن بانفراده بقي للمكتري ولا شيء عليه فيه؛ لأنه يقول كنت في مندوحة عنه ولا حاجة لي فيه. انتهى.

الثاني: لم يذكر المؤلف من شروط المنفعة أن تكون مملوكة، وكذا ابن شاس وابن الحاجب، وذكره القرافي وقال: احترازا من الأوقاف والربط ومواضع الجلوس من المساجد والطرق والمدارس وغير ذلك؛ لأن المملوك في هذه الأمور كلها الانتفاع دون المنفعة.

فرع: يتفرع على هذا الشرط كراء دور مكة، ونقل في المقدمات عن مالك فيها أربع روايات: الجواز والمنع والكره [وكرهه كرائها⁷⁹⁴] في أيام الموسم، ولا خلاف عن مالك وأصحابه أنها فتحت عنوة، وانظر الكلام على هذه المسألة مشبعا في حاشيتي على الناسك. قال القرافي: تنبيه: مقتضى هذه المباحث أن يحرم كراء دور مصر وأرضها؛ لأن مالكا صرح في المدونة وغيرها أنها فتحت عنوة، ويلزم على ذلك تخطئة القضاة في إثبات الأملاك وعقود الإجازات، والقاعدة المتفق عليها أن مسائل الخلاف إذا اتصل ببعضها قضاء حاكم تعين ذلك القول وارتفع الخلاف، فإذا قضى حاكم بثبوت ملك أرض العنوة ثبت الملك وارتفع الخلاف وتعين ما حكم به الحاكم، وهذا التقرير يطرد في مكة ومصر وغيرها. انتهى.

ص: ولو مصحفاً ش: قال في المدونة: وتجوز إجارة المصحف لجواز بيعه، وأجاز بيعه كثير من التابعين. قال ابن عباس: ما لم يجعله متجرا، أما ما عملته بيدك فجائز، وتجوز الإجارة على كتابته. انتهى. أبو الحسن: انظر قول ابن عباس ما لم يجعله متجرا هل فلا يجوز أو يكره؟ انتهى. والله أعلم. ص: وأرضا غمر ماؤها ونذر انكشافه ش: هذه المسألة في كراء الدور والأرضين من المدونة، ونصها:

الحديث

793 - في المطبوع حطه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 423 م 149 وما يابى 80.

794 - ساقط من المطبوع وقد ورد في المقدمات ج 2 ص 219.

وَشَجَرًا لَتَجْفِيْفٍ عَلَيْهَا عَلَى الْأَحْسَنِ لَا لِأَخْذِ ثَمَرَتِهِ أَوْ شَاةٍ لِلْبَنِيهَا وَأَعْتَفَر مَا فِي الْأَرْضِ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثَّلَاثِ بِالتَّقْوِيمِ وَلَا تَعْلِيمِ غَنَاءٍ.

نص خليل

ومن اكتريت منه أرضه الغرقة بكذا إن انكشف عنها الماء، وإلا فلا كراء بينكما جاز إذا لم تنقد، ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافها. قال غيره إن خيف أن لا ينكشف لم يجوز وإن لم ينقد. أبو الحسن: انظره. قال في التوضيح: قال صاحب المقدمات: تحصيل مذهب ابن القاسم جواز العقد كانت الأرض أرض مطر أو نيل أو غيرهما مأمونة أو غير مأمونة، وأما بالنسبة إلى جواز النقد ووجوبه فما كان من الأرض مأمونا كأرض النيل والمطر المأمونة وأرض السقي بالعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن تروى ويتمكن من الحرث، كانت من أرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون أو الآبار، وأما وجوب النقد فيجب عنده في أرض النيل إذا رويت إذ لا يحتاج إلى غير ذلك، وأما غيرها فلا يجب فيها النقد حتى يتم الزرع ويستغني عن الماء. انتهى.

متن الخطاب

ص: [وشجراً لتجفيف عليها⁷⁹⁵] على الأحسن ش: الأحسن هو اختيار ابن عبد السلام من القولين اللذين ذكر ابن الحاجب، وقال ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في حكاية القولين، وقبله شارحوه ولا أعرف القول بالمنع، ومقتضى المذهب الجواز كإجارة مصب مرحاض وحائط لحمل خشب. انتهى.

424

ص: لا لأخذ ثمرته ش: أي الشجر، وهذا راجع إلى قوله: "بلا استيفاء عين/ قصدا".
ص: أو شاة للبنها ش: يصح أن يقرأ بالجر عطفاً على مقدر في قوله: "لا لأخذ ثمرته" أي لا شجر لأخذ ثمرته ولا شاة لأخذ لبنها فيكون من المنوع، ويصح أن يقرأ بالنصب عطفاً على قوله: "وشجراً" ويكون من الجائز، وعلى كل تقدير فلا بد من عناية في كلامه لأننا إن جعلناه ممنوعاً نقول إلا بشروط يأتي ذكرها؛ يريد وكذا إذا جعلناه جائزاً فتأمله. والله أعلم. والشروط أن تكون الغنم كثيرة كالعشرة ونحوها، وأن يكون في الإبان، وأن يعرفا وجه حلابها، وأن يكون إلى أجل لا ينقضي اللبن قبله، وأن يشرع في أخذ ذلك يومه أو إلى أيام يسيرة، وأن يسلم إلى ربها لا إلى غيره. هذا إذا كان جزافاً، فإن كان على الكيل أسقطت الشرط الأول فقط. قاله في التوضيح. والمسألة في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، وكلام أبي الحسن فيها مبسوط، ولا يقال قوله: "شاة" بالإنفراد ينافي الأول؛ لأن المراد جنس الشاة. والله أعلم.

ص: ولا تعليم غناء ش: هو وما بعده إلى قوله: "ولا متعين" راجع لقوله ولا حظر، والحظر المنع. قال الأبي في شرح مسلم في كتاب البيع في حديث: {مهر البغي وحلوان الكاهن¹} ولا خلاف في حرمة مهر البغي، ولا خلاف في حرمة أجرة المغنية والنائحة، ولا خلاف في حرمة ما يأخذه الكاهن. قال الأبي: وكذلك لا يحل ما يأخذه الذي يكتب البراءات لرد التليفة لأنه من السحر، وسئل شيخنا -يعني ابن عرفة- عمن ذهبت له حوائج فقرأ في دقيق وأخذ يطعمه أناساً اتهمهم وكانت فيهم امرأة

الحديث

1- عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1567.

795 - في المطبوع الملايس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 ويحيى 202 ويم 19 ومايأى 81.

نص خليل

أَوْ دُخُولِ حَائِضٍ لِمَسْجِدٍ أَوْ دَارٍ لَتَتَّخِذَ كَنِيسَةً كَبَيْعِهَا لِذَلِكَ وَتُصَدَّقَ بِالْكَرَاءِ وَبِفَضْلَةِ الثَّمَنِ عَلَى الْأَرْجَحِ وَلَا مُتَعَيْنٍ كَرَكَعَتَيِ الْفَجْرِ بِخِلَافِ الْكِفَايَةِ وَعَيْنَ مُتَعَلِّمٍ وَرَضِيعٍ وَدَارٍ وَحَائِثٍ وَبِنَاءٍ عَلَى جِدَارٍ وَمَحْمِلٍ إِنْ لَمْ تُوصَفْ وَدَابَّةٌ لِرُكُوبٍ وَإِنْ ضُمِنَتْ فَجِنْسٌ وَنَوْعٌ وَذُكُورَةٌ وَلَيْسَ لِرَاعٍ رَعْيٍ أُخْرَى إِنْ لَمْ يَقَوْ إِلَّا بِمُشَارِكٍ أَوْ تَقِلَّ وَلَمْ يَشْتَرَطْ خِلَافُهُ وَإِلَّا فَأَجْرُهُ لِمُسْتَأْجِرِهِ.

متن الخطاب

حامل فقالت إن أطعمتموني فأنا أموت فأطعموها منه فماتت. فأجاب بأنه ليس عليه إلا الأدب، وأما ما يؤخذ على حل المعقود فإن كان يرقيه بالرقى العربية جاز، وإن كان بالرقى العجمية لم يجز وفيه خلاف، وكان الشيخ يقول: إن تكرر منه النفع بذلك جاز. انتهى.
ص: ودخول حائض لمسجد ش: فرضها ابن الحاجب في استئجارها على كنس المسجد، وذكر المصنف ما هو أعم من الكنس وغيره، ويريد إذا كانت هي التي تكنس، وأما لو كانت الإجارة متعلقة بذمتها لجاز، وعكس هذه المسألة أن يؤاجر المسلم نفسه لكنس كنيسة أو نحو ذلك أو ليرعى الخنازير أو ليعصر له خمرا فإنه لا يجوز، ويؤدب المسلم إلا أن [يعذر⁷⁹⁶] بجهالة، واختلف هل [تؤخذ⁷⁹⁷] الأجرة من الكافر ويتصدق بها أم لا؟ ابن القاسم: التصديق بها أحب إلينا. قاله في التوضيح.
ص: ودار لتتخذ كنيسة ش: تصويره واضح.

425

فرع: إذا غصب النصراني [سفينة لمسلم⁷⁹⁸] / وحمل فيها الخمر. قال في رسم يوصى من سماع عيسى من كتاب الغصب: له أن يأخذ كراءها ويتصدق به. قال ابن رشد: معناه كراء مثلها على أن يحمل فيها خمرا أن لو أكرها نصراني من نصراني لذلك، وأما قوله: "يتصدق به" فهو بعيد أن يجب ذلك عليه إلا أن يعلم بتعديده فلا يمنعه من ذلك وهو قادر على منعه، وأما إن لم يعلم بذلك أو علم ولم يقدر على منعه فلا يجب أن يتصدق إلا بالزائد على قيمة كرائها على أن يحمل عليها غير الخمر فحمل عليها خمرا. قاله ابن حبيب. انتهى.

ص: وبناء على جدار ش: تصويره واضح. وأما إذا اكرت أرضا ليبني فيها لم يلزمه أن يذكر قدر البناء؛ لأن الأرض لا ضرر عليها في ثقل البناء، بخلاف الجدار إذا أكره ليبني عليه. انتهى من التوضيح.

ص: ومحمل ش: بفتح الميم الأولى وكسر الثانية.

ص: ودابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة ش: يعني أن الدابة إذا اكرت للركوب فيلزم تعيينها إذا كانت معينة، وإن كانت مضمونة فيلزم أن يذكر جنسها ونوعها والذكورة والأنوثة، وظاهر كلامه أنه يكتفى [بالتعيين في الوجه⁷⁹⁹] الأول. ابن عبد السلام: وينبغي أن يختبرها

الحديث

796 - في المطبوع يتعذر وما بين المعقوفين من يحيى 192 وسيد 67 وم 150 ويم 20.

797 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 424 ويحيى 202 وما يابى 81.

798 - في المطبوع سفينة مسلم لمسلم وما بين المعقوفين من يحيى 192 ويم 20 وم 150 وسيد 68.

799 - في المطبوع في التعيين بالوجه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 وما يابى 81.

كَأَجِيرٍ لِحُدْمَةِ آجَرَ نَفْسَهُ وَلَا يَلْزِمُهُ رَعَى الْوَلَدِ إِلَّا لِعُرْفٍ وَعُمِلَ بِهِ فِي الْخَيْطِ وَتَقَشَّ الرَّحَى وَالْآلَةَ بِنَاءٍ
وَالَا فَعَلَى رَبِّهِ عَكْسُ إِكَافٍ وَشِبْهِهِ وَفِي السَّيْرِ وَالْمَنَازِلِ وَالْمَعَالِيْقِ وَالزَّامِلَةِ وَوِطَائِهِ بِمَحْمِلٍ.

نص خليل

الراكب لينظر سيرها في سرعته وبطنه فرب دابة كما قال مالك: المشي خير من ركوبها.
تنبيه: قال في التوضيح: محمد: وإن وقع الكراء على الإطلاق حمل على المضمون حتى يدل دليل
على التعيين. قال: ولو اُكتري منه أن يحمله إلى بلد كذا على دابة أو سفينة وقد أحضرها ولا يعلم له
غيرها، ولم يقل له تحملني على دابتك هذه أو سفينتك هذه فهلكت بعد أن ركب/ فعلى الكري أن
يأتيه بدابة أو سفينة غيرها، وهو مضمون حتى يشترط أنه إنما يكري هذه الدابة بعينها. محمد: أو
يكره نصف السفينة أو ربعها فيكون كشرط التعيين. انتهى.

متن الخطاب

426

ص: كأجير لخدمة آجر نفسه ش: ظاهره فتكون الإجارة لمن استأجره أولا وليس له غير ذلك،
وخيره في المدونة بين ذلك وبين أن يسقط حصة ذلك اليوم من الأجرة، ونصه بعد مسألة الرعاية:
وكذلك أجيرك للخدمة يؤاجر نفسه من غيرك يوما أو أكثر فلك أخذ الأجر أو تركه وإسقاط حصة ذلك
اليوم من الأجر عنك. قال عبد الحق: خيره ابن القاسم في أجير الخدمة، ولم يخيره في الراعي إذا
شرط أن لا يرعى مع غنمه غنما أخرى وخالف، والأمر في ذلك سواء، وينبغي أن يقال كم
[تسوى⁸⁰⁰] إجارته على أن لا يرعى مع الغنم غيرها وتقوم على أن يرعى معها غيرها فيعرف ما بين
ذلك ثم يخير بين أن ينظر ما يخصه من الكراء الذي سمي فيسقطه من إجارته، أو يأخذ ما أجر به
نفسه. والله أعلم. انتهى. ونقله أبو الحسن وقال: صورته أن يعين إجارته وحدها مثلا عشرة ومع
غيرها ثمانية فيسقط من نصيبه من المسمى الخمس أو يأخذ ما أجر به نفسه. انتهى. ونقل عن أبي
محمد صالح أنه قال: يتوهم أن الأجير بخلاف الراعي؛ لأن الأجير عطل ذلك اليوم والراعي لم
يعطل، ثم ذكر كلام عبد الحق، وكلام عبد الحق ظاهر لا شك فيه قبله أبو الحسن وفسره.

تنبيه: قال ابن يونس: قوله: "لك أخذ الأجر" الخ هذا فيما يشابه ما أجرته فيه أو يقاربه، وأما أن
يؤاجره للرعاية شهرا بدينار فيؤاجر نفسه في الحصاد أو في مخوف كل يوم بدينار أو تؤاجره لخدمتك
في الغزو فيذهب يقاتل فيقع في سهمانه عشرة دنائير فهذا وشبهه لا يكون له إلا إسقاط ما عطل لك
من عملك من الأجر، وقاله غير واحد من أصحابنا. انتهى. وذكر أبو الحسن عن عبد الحق قريبا من
ذلك. ثم قال: قال أبو محمد صالح: انظر على هذا إذا أصاب بيض الحجل فهي للأجير. انتهى.

ص: إلا لعرف ش: فإذا لم يكن عرف لم يلزمه رعايتها. ابن يونس: قال أبو بكر بن اللباد ولربها
أن يأتي براع يرعى معه للفرقة. أبو الحسن: راعي الفرقة في الحيوان البهيمي، ومثله في سماع
عيسى. انتهى. ابن عرفة بعد ذكر كلام ابن اللباد: قلت: معناه أن الفرقة تعذيب لها فهي من
النهي عن تعذيب الحيوان. انتهى. وتقدم الكلام على ذلك بآتم من هذا عند قول المصنف في فصل
طعام الربا: "وتفريق أم فقط من ولدها".

ص: عكس إكاف ش: كلام ابن غازي في شرح هذه/ المسألة كاف وهو ظاهر. والله أعلم.

427

الحديث

وَبَدَلَ الطَّعَامِ الْمَحْمُولِ وَتَوَقِيرِهِ كَنَزَعِ الطَّيْلَسَانِ قَائِلَةً وَهُوَ أَمِينٌ فَلَا ضَمَانَ وَلَوْ شُرْطَ إِثْبَاتُهُ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِسِمَةِ الْمَيْتِ أَوْ عَثَرَ بِدُهْنٍ أَوْ طَعَامٍ بِأَنِيَّةٍ فَانْكَسَرَتْ وَلَمْ يَتَعَدَّ أَوْ انْقَطَعَ الْحَبْلُ وَلَمْ يَغُرَّ بِفَعْلٍ كَحَارِسٍ وَلَوْ حَمَامِيًّا.

نص خليل

متن الخطاب ص: وبدل الطعام المحمول ش: يعني إذا نقص الطعام المحمول ببيع أو أكل فأراد ربه أن يوفيه فإن كان فيه عرف عمل به، وإن لم يكن لهم عرف فعليه حمل الوزن الأول. نقله في التوضيح عن المدونة قال: وعكسه إذا استأجره على حمل مائة رطل فأصابه مطر حتى زاد فلا يلزمه إلا حمل الوزن الأول. قاله سحنون. وانظره في ابن يونس.

ص: وتوقيره ش: بالفاء كذا فسرہ الشارح.

ص: وهو أمين ش: قال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: "ومن اكترى ماعونا أو غيره فلا ضمان عليه في هلاكه بيده، وهو مصدق إلا أن يتبين كذبه". قول الشيخ: مصدق يريد ويحلف إن كان متهما لقد ضاع ولا فرطت، ولا يمين عليه إن كان غير متهم. قاله ابن القاسم، وقيل يحلف/ مطلقا، وقيل يحلف غير المتهم ما فرط. انتهى.

428

فرع: والقول قول المستأجر في رد الشيء المستأجر إلا أن يكون قبضه ببينة. نص عليه ابن رشد وغيره، وتقدم في العارية كلام ابن رشد فانظره، وانظر المقدمات وانظر التوضيح في كتاب الوديعة في شرح قوله: "وإن ادعى الرد الخ".

تنبيه: قال ابن الحاجب: والمستأجر أمين على الأصح. قال ابن عبد السلام: يعني أن من ملك منفعة بعوض فالقول قوله في تلف الذات التي قبضها لاستيفاء تلك المنفعة، سواء كانت تلك الذات من نوع ما لا يغاب عليه كالحيوان، أو مما يغاب عليه [كالجفنة هذا⁸⁰¹] هو المعروف في المدونة وغيرها، وأنكر بعضهم وجود الخلاف فيه في المذهب، ومن أثبت له لم يثبت عموما كما يقتضيه ظاهر كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- بل هو مقصور عندهم على ما يغاب عليه. انتهى. ونحوه في التوضيح. قال في [ترجمة⁸⁰²] إجارة الحلي والثياب من كتاب الإجارة من المدونة: ومن استأجر فسطاطا أو بساطا أو غرائر أو آنية إلى مكة ذاهبا وجائيا جاز ذلك، فإن ادعى حين رجوع ضياع هذه الأشياء في البداية صدق في الضياع ولزمه الكراء كله إلا أن يأتي ببينة على وقت الضياع، فإن كان معه قوم في سفره فشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضرهم حلف وسقط عنه من يومئذ حصة باقي المدة. انتهى. وقال ابن رشد في شرح المسألة الثانية من سماع أشهب من كتاب تضمين الصنع: وحكم اكتراء العروض بشرط الضمان على قول مالك في هذه الرواية حكم بيع الثنيا يفسخ الكراء إلا أن يرضى المكتري بإسقاط الشرط، فإن فات الكراء كان على المكتري الأكثر من الكراء المسمى أو كراء المثل على غير شرط الضمان. ثم قال: وأما قوله في الدمياطية فيمن اكترى دابة بالضمان أنه لا خير فيه، ويرد إلى كراء مثله مما لا ضمان عليه فظاهره كان أكثر من المسمى أو أقل، ومعناه إن فات الكراء وأنه يفسخ قبل فوته وإن ترك المكري الشرط وهو القياس خلاف رواية أشهب. اهـ. فقول المصنف: "وهو وأجير لصانع".

نص خليل

الحديث

801 - في المطبوع كالجفنة أولا هذا وما بين المعقوفين من مايابى 82 وسيد 68.
802 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 428 ويحيى 203 ومايابى 83 ويم 21.

متن الخطاب

أمين" يمكن أن يكون الضمير عائداً على المستأجر بكسر الجيم فيكون أشار إلى هذا، ويمكن أن يعود الضمير على المستأجر بالفتح، وهو الذي يظهر من قوله: "ولو شرط إثباته إن لم يأت بسمه الميت" ويكون مشيراً بذلك إلى قوله في المدونة: ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى أو لرجل واحد. ثم قال ابن القاسم: وإذا اشترط على الراعي الضمان فسدت الإجارة ولا شيء عليه وله أجر مثله بغير ضمان، ناف على التسمية أو نقص. قال غيره وإن كان ذلك أكثر من التسمية لم يزد عليها قال ومحال أن يكون أكثر. قال ابن القاسم: وكذا إن شرطوا على الراعي أنه إن لم يأت بسمه ما مات منها ضمن فلا يضمن وإن لم يأت بها، وله أجر مثله ممن لا ضمان عليه. انتهى. وقال في المسائل الملقطة: ولا ضمان على الراعي فيما تلف أو ضل، وعليه اليمين إن اتهم أنه ما فرط ولا تعدى ولا دلس، ويضمن إن فرط، ولا ضمان عليه إن نام مغلوباً في إبان النوم إلا أن يأتي من ذلك ما ينكر، وإن شرط عليه الضمان فسخت الإجارة وله أجره المثل فيما رعى. انتهى. وعلى هذا فقول المصنف: "ولو شرط إلى آخره" صحيح في نفي الضمان إلا أنه يوهم أن ذلك مع صحة العقد، وقد صرح في المدونة بفساده فتأمله. والله أعلم.

مسألة: قال في الإرشاد في باب الإجارة: وتلزم بالفاسدة أجره المثل. قال الشيخ زروق: عند الفوات بما تفوت به من انقضاء العمل ونحوه؛ نعم وكل ما يفتت البيع الفاسد يفتت الإجارة الفاسدة لأنه كالبيع فيما يحل ويحرم، وقد يكون له الأقل من المسمى وأجره المثل في بعض الصور الفاسدة، وقد يكون له الأكثر، وقد يحكم بالمسمى فقط لشبهه الصحيحة، وقد تسقط لانتفاء الموجب. فانظر ذلك كله. انتهى.

429

مسألة: قال في الطرر: وإذا ادعى الراعي أن بعض الغنم له لم يصدق إلا أن يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف، ونقله عن نوازل ابن رشد.

مسألة: إذا قال الصانع هذا متاع فلان وقال فلان ليس هو لي فالظاهر أن القول قول الصانع. قال البرزلي: مسألة: قال ابن الحاج: إذا احترق الخبز في الفرن فقال الفرن هو لفلان، وقال صاحبه ليس هو لي فالقول قول الفرن. قاله ابن زب ثم ذكر عن اللخمي ما [مضمونه أنه إن كان يعمل⁸⁰³] للناس فإنه يصدق، وإن [كان يعمل لنفسه⁸⁰⁴] لم يصدق. فانظره وأظنه في تضمين الصانع. والله أعلم.

فرع: قال في الطرر في ترجمة وثيقة باستئجار جماعة لرعاية غنم: لا يجبر أهل الأفران وأهل الأرحاء وأهل الحمامات على طبخ ولا طحن ولا غيره، وكذلك الصانع كلهم ثم ذكر أن القضاء بطليطلة على جبر الفرن على طبخ خبز جاره إذا امتنع بمثل ما يطبخ به خبز مثله. انتهى.

ص: وأجبر لصانع ش: يعني أن الأجير الذي يعمل عند الصانع لا ضمان عليه، والضمان على

الحديث

⁸⁰³ - في المطبوع وسيد 69 ومايبي 83 مضمونه إن كان ما يعمل وما بين المعقوفين من يحيى 193 ويم 21.

⁸⁰⁴ - في المطبوع بنفسه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 429 ويحيى 193 وسيد 69 ويم 21 وم 151 ومايبي 83.

نص خليل

كَيْسَمَسَارٍ إِنْ ظَهَرَ خَيْرُهُ عَلَى الْأَظْهَرِ وَتَوَتَّى غَرِقَتْ سَفِينَتُهُ يَفْعَلُ سَائِغٍ لَا إِنْ خَالَفَ مَرَعَى شُرْطَ أَوْ
أَنْزَى بَلَا إِنْ أَوْ غَرَّ يَفْعَلُ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ أَوْ صَانِعٍ فِي مَصْنُوعِهِ لَا غَيْرِهِ وَلَوْ مُحْتَاجًا لَهُ عَمَلٌ وَإِنْ
بَيِّنَةٍ أَوْ بَلَا أَجْرٍ.

متن الخطاب الصانع. قال في المدونة في أول كتاب تضمين الصانع: ويضمن القصار ما أفسد أجيره، ولا شيء على
الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط. انتهى.

ص: وسمسار ظهر خيره على الأظهر ش: هذا إذا ادعى ضياع المتاع، وأما لو ادعى أنه باعه من
رجل والرجل ينكر فإنه يضمن لتفريطه بعدم الإشهاد. نص على ذلك ابن رشد في نوازله في آخر
كتاب البيوع، ونصه: وأما السمسار يدعي بيع السلعة من رجل عينه وهو ينكره فلا اختلاف في أنه
ضامن لتركه الإشهاد؛ لأنه أتلّف السلعة على ربها [إذ⁸⁰⁵] دفعها إلى المبتاع ولم يتوثق عليه
بالإشهاد، ولا يراعى في هذا العرف بترك الإشهاد؛ إذ ليس من المسائل التي يراعى فيها ذلك لافتراق
معانيها. انتهى منه بلفظه. وانظر أول الإجارة من مسائل البرزلي، وانظر كلام القاضي عياض في آخر
التدليس بالعيوب فقد أطل في ذلك.

ص: أو أنزى بلا إذن ش: /

430

فرع: قال في الطرر في ترجمة استئجار راع لغنم: سئل بعضهم عما كسر الراعي من الغنم. قال: أما ما
كسره بالعصا حين يزودها بها فلا ضمان عليه، وأما ما كسره بالحجارة فعليه الضمان لأنه من
التعدي. انتهى.

فرع: قال في الترجمة المذكورة: قال في المؤلف لابن لبابة: إذا عقر الراعي من الغنم مرة وثانية وثالثة
ولم يضمنه صاحب الغنم وأمضاه على فعله ولم ينكر عليه ورضي لم يضمنه بعد ذلك انتهى.

ص: أو صانع في مصنوعه ش: قال ابن الحاجب: تلف بصنعه أو بغير صنعه. قال في التوضيح:
كما لو ادعى أن سارقا سرقه.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: قال في الكافي في الصانع تضيع عنده السلعة فيغرم قيمتها ثم توجد
أنها للصانع: وكذا لو ادعى على رجل أنه سرق عبده فأنكر فصالحه على شيء ثم وجد العبد. قال
ابن رشد في سماع يحيى: هو للمدعى عليه، ولا ينقض الصلح، صحيحا كان أو معيبا إلا أن يجده
عنده قد أخفاه فيكون لربه، وفي التهذيب في المكتري يتعدى على الدابة فتضل فيغرم قيمتها ثم توجد
هي للمكتري. انتهى.

تنبيه: قال في التوضيح: ابن رشد: والضمان بسبب الصنعة إنما هو إذا لم يكن فيها تغرير، وأما إن
كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤة ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحترق الخبز عند الفرن والثوب عند
الصباغ فلا ضمان عليه فيها، إلا أن يعلم أنه تعدى فيها: أو أخذها على غير وجه مأخذها، ونحوه
لابن المواز. انتهى.

الحديث

نص خليل إن نُصِبَ نَفْسُهُ وَغَابَ عَلَيْهَا فَيَقِيمَتِهِ يَوْمَ دَفَعِهِ وَلَوْ شَرَطَ نَفْيَهُ أَوْ دَعَا لِأَخْذِهِ إِلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ فَتَسْقُطُ الْأَجْرَةُ وَإِلَّا أَنْ يُحْضِرَهُ بِشَرْطِهِ.

متن الخطاب تنبيه: تضمين الصانع من المصلحة العامة. قال في التوضيح: وذكر أبو المعالي أن مالكا كثيرا ما يبني مذهبه على المصالح، وقد قال إنه يقتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين. المازري: وهذا الذي حكاه أبو المعالي عن مالك صحيح. انتهى. وفي بعض نسخ التوضيح: ولكنه في تضمين الصانع، وانظر كلام القرافي في آخر شرح المحصول فإنه تكلم في مسألة المصالح المرسله بكلام حسن، وأنكر ما ذكره إمام الحرمين عن مالك وقال إنه لا يوجد في كتب المالكية فتأمله. والله أعلم.

فرع: قال اللخمي في كتاب الشركة في شركة الأبدان فيما إذا مرض أحد الشريكين: ولو أجر رجلان [أنفسهما⁸⁰⁶] [في عمل⁸⁰⁷] شيء بعينه، أو كانت الإجارة في الذمة لم يكن على أحدهما أن يوفي عمل الآخر، وليس كالأول؛ يعني شريكي الصنعة، أولئك [متفاوضان⁸⁰⁸] فلزم أحدهما ما لزم الآخر. انتهى. يعني [متفاوضان⁸⁰⁹] في العمل كالمفاوضين في المال.

فرع: [وقال قبله: ⁸¹⁰] إذا كانت الإجارة على عمل رجل لم يجز أن يضمن عنه رجل آخر ذلك الفعل إن مرض أو مات أو غاب. اهـ. وقال في كتاب الجعل والإجارة من الدونة: وإن أجرت رجلين على حفر بئر كذا فحفر أحدهما، ثم مرض أحدهما فأتى الآخر فالأجرة بينهما، ويقال للمريض أرض الحافر من [حقه، ⁸¹¹] فإن أبى لم يقض عليه، / والحافر متطوع له. انتهى.

ص: إن نصب نفسه ش: ابن عرفة: اللخمي: المنتصب من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها كان بسوقها أو داره وغير المنتصب لها من لم يقيم نفسه لها ولا منها معاشه.

قلت: ظاهره ولو كان انتصابه لجماعة خاصة، ونص عياض على أن الخاص بجماعة دون غيرهم لا ضمان عليه، ونحوه لابن رشد في المقدمات، ونحو لفظ اللخمي سماع عيسى: لا ضمان على الصانع حتى ينصب نفسه للعمل. الصقلي إثر سماع عيسى: قال بعض شيوخنا: معناه أنه عمله بغير أجر، ولو أخذ عليه أجرا صار صانعا فيضمن، وحكى أنه منصوص للمتقدمين.

قلت: ففي ضمانه بمجرد نصب نفسه أو بقيد عمومته للناس قولان [لظاهر⁸¹²] سماع عيسى مع بعض [شيوخ⁸¹³] الصقلي، وطريق عياض مع ابن رشد.

ص: وغاب عليها ش: يريد في بيته فشمّل شرطين: الأول أن لا يكون عمله في بيت رب/ السلعة

431

432

الحديث

⁸⁰⁶ * - في المطبوع أنفسها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى 84 ويم 22.

⁸⁰⁷ * - في المطبوع يعمل وما بين المعقوفين من يحيى 194 ويم 22 وم 152 وسيد 69 ومايابى 84.

⁸⁰⁸ * - علق عليها الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب (ذالك متفاوضان).

⁸⁰⁹ - في المطبوع متفاوضين وما بين المعقوفين من مايابى 84 وسيد 69 وم 152.

⁸¹⁰ * - في المطبوع قال وقبله وما بين المعقوفين من يحيى 194 وم 152 ويم 22 ومايابى 84 وسيد 69.

⁸¹¹ * - في المطبوع من حقه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

⁸¹² * - في المطبوع الظاهر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى 85 ويحيى 204

ويم 22 وم 52.

⁸¹³ * - في المطبوع شيوخه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى 85 ويم 22

ويحيى 204 وم 152 وسيد 69.

نص خليل

وَصَدَّقَ إِنْ ادَّعَى خَوْفَ مَوْتٍ فَنَحَرَ أَوْ سَرَقَةَ مَنَحُورِهِ أَوْ قَلَعَ ضِرْسٍ أَوْ صَبَغًا فَنُوزِعَ وَفَسِيخَتْ بَتْلَفٍ مَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ لَا يَهْدِي إِلَّا صَبِي تَعْلَمَ وَرَضِعَ وَفَرَسَ نَزْوٍ وَرَوْضَ وَسِنَ لَقَعَ فَسَكَنْتَ كَعَفُو الْقَصَاصِ وَبَغَضَبِ الدَّارِ وَغَضَبِ مَنْفَعَتِهَا وَأَمَرَ السُّلْطَانُ بِإِغْلَاقِ الْحَوَانِيَتِ وَحَمَلَ ظُئْرًا أَوْ مَرَضًا لَا تَقْدَرُ مَعَهُ عَلَى رَضَاعٍ وَمَرَضَ عَبْدٍ وَهَرَبَهُ لِكَعْدُو إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ فِي بَقِيَّتِهِ بِخِلَافِ مَرَضٍ دَابَّةٍ يَسْفِرُ ثُمَّ تَصِحُّ وَخَيْرٌ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ سَارِقٌ.

متن الخطاب

وإن كانت في بيته فلا ضمان عليه، جلس معه ربها أم لا، عمل بأجر أم لا، الثاني أن لا يكون ربه ملازمه، وإلا فلا ضمان عليه. قاله في التوضيح.

ص: وصدق إن ادعى خوف موت فنحر ش: قاله في المدونة. وهذا إذا جاءه بالشاة منحورة أو بثمانها أو ادعى أنها سرقت منه بعد الذبح، وأما لو أكلها فلا يصدق. قاله أبو [عمر⁸¹⁴] في الكافي، ونقله أبو الحسن الصغير، وقال في المسائل الملقوطة: وإن أتى بشاة مذبوحة قال خشيت عليها الموت صدق في قول ابن القاسم، وكذلك إذا قال سرقت بعد الذبح وضمنه غيره. انتهى. وانظر هل يصدق في هذه المسائل بيمين أم لا؟

ص: لا به إلا صبي تعليم ورضع وفرس نزو وروض ش: قال الشارح في الوسط: الحق بهذه الأربع مسائل؛ [وهي من⁸¹⁵] استأجر على أن يحصد أرضه وليس له غيرها، أو يبني له حائطا ثم حصل مانع من ذلك، والخياط والحائك يدفع إليه ثوب ليعمله للباس لا للتجارة وليس عنده غيره، والطبيب يوافق على معافاة العليل مدة فيموت قبلها، وألحق بعضهم ما إذا استأجر على الجواهر النفيسة ليضع فيها شيئا فهلك، والعلة في ذلك تعذر الخلف غالبا. انتهى. ونقلها صاحب المسائل الملقوطة.

فرع: قال في مسائل الإجارة من البرزلي: سئل ابن زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه [من البناء؟ قال: ⁸¹⁶] فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم، ومثله لسحنون ولغيره يكون له جميع الأجر؛ / لأن المنع لم يأت من قبله. انتهى. وقال ابن عرفة: قال سحنون في وثائقه: إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مَطَرٌ لم يكن له بحساب ما عمل من النهار، وأجيره له كل الأجر لأن المنع لم يكن منه. قال ابن عرفة: ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بتونس؛ لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف. انتهى. ذكره في الكلام على ما تفسخ به الإجارة.

433

ص: وسن لقلع فسكنت كعفو القصاص ش: قال ابن عرفة: ابن شاس: وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا كسكون ألم السن المستأجر على قلعه أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. قال ابن عرفة: قلت هذا إذا كان العفو من غير المستأجر، وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب ألمه؟ والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل، وفي يمينه مع ذلك نظر، والأظهر أنها كأيما التهم. انتهى.

ص: وحمل ظئر ش: أي وتنفسخ الإجارة بحمل الظئر أي المرضعة لأنه يخاف على الولد من لبنها. قال في المدونة في كتاب الجعل والإجارة: وإذا حملت الظئر فخيف على الولد فلهم فسخ / الإجارة.

434

الحديث

⁸¹⁴ - في المطبوع عمران ومايأبي 85 ويم 22 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 432 ويحيى 204.

⁸¹⁵ - في المطبوع وهي أن من وما بين المعقوفين من ن ذي ص 432 وم 152 ويحيى 194 ويم 22 ومايأبي 85 وسيد 69.

⁸¹⁶ * - في المطبوع من البناء في بعض اليوم وما بين المعقوفين من يحيى 204 والبرزلي ج 3 ص 605.

نص خليل وَبَرُّشْدٍ صَغِيرٍ عَقْدَ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى سِلْعِهِ وَلِيٍّ إِلَّا لِظَنٍّ عَدَمٍ بُلُوغِهِ وَبَقِيَّ كَالشَّهْرِ كَسَفِيهِ ثَلَاثَ سِنِينَ وَبِمَوْتٍ مُسْتَحَقٍّ وَقَفَ آجَرَ وَمَاتَ قَبْلَ تَقْضِيَّهَا عَلَى الْأَصَحِّ لَا بِإِقْرَارِ الْمَالِكِ أَوْ خُلْفِ رَبِّ دَابَّةٍ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوْ حَجٍّ وَإِنْ فَاتَ مَقْصِدُهُ.

متن الخطاب انتهى. قال البساطي: فإن قلت كلام المدونة يخالف كلام المؤلف من وجهين: أحدهما أنه قال فيها إذا خيف والمؤلف أطلق، والثاني أنه قال فيها فلهم الفسخ، والمصنف جزم. قلت: قد يجاب عن الأول بأن الغيلة مضمونة بالحمل فأحال في المدونة على الخوف إشارة إلى العلة، وأطلق المصنف إشارة إلى المظنة مع أنك إذا تأملت وجدت الخوف على الولد مقطوعا به عند الحمل والذي قد يكون وقد لا يكون إنما هو حصول الضرر، وأما الثاني فالظاهر وروده على كلام المصنف. انتهى.

قلت: قد قدم المصنف هذه المسألة على ما في المدونة فقال: ولزوجها فسخه إن لم يأذن كأهل الطفل إذا حملت. وتقدم هناك عن الشيخ أبي الحسن أنه إن خيف على الصبي الموت وجب عليهم الفسخ، وإن خيف عليه ضرر غير الموت فلهم تركه على الكراهة، وقد تقدم أن هذا الذي قاله أبو الحسن إنما يكون -والله أعلم- مع عدم تحقق الضرر، وأما لو تحقق الضرر لوجب عليهم الفسخ، فجزم المصنف هنا بالفسخ اعتمادا على ما قدمه على أنه لا دليل في كلامه على تحتم الفسخ، بل أكثر المسائل التي ذكرها لا يتحتم فيها الفسخ. نعم يعترض على المصنف في تكرارها، إلا أن يقال أراد جمع النظائر التي تفسخ فيها الإجارة، وفيه نظر؛ إذ ليس في كلامه استيفاء لها فتأمل. والله أعلم.

ص: وبرشد صغير عقد عليه ش: عبارة المدونة: "فاحتلم" لكن قيده الشراح بأن يكون رشيدا؛ إذ لا يكفي مجرد الاحتلام في المحجور. انظر ابن عرفة.

ص: وبموت مستحق وقف آجر ومات قبل تقضيها على الأصح ش: قال في الجواهر: إذا مات البطن الأول من أرباب الوقف بعد الإجارة قبل تقضي مدتها انفسخت الإجارة في باقي مدة الإجارة لأنه تناول بالإجارة ما لا حق له فيه، وقيل إذا أكرى مدة يجوز الكراء إليها لزم باقيها. انتهى.

ونقل ابن الحاجب القولين من غير ترجيح. قال ابن عرفة: ولا أعرف الثاني لغير ابن شاس، ولم يعزه ابن هارون ولا ابن عبد السلام، وظاهر أقوال الشيوخ نفيه، ثم ذكر عن ابن رشد والمتيطي وابن فتوح أنه ينقض بموت المستحق.

تنبيه: قال في الإرشاد في باب الوقف: وتنفسخ بموت [الآئل⁸¹⁷] إليه الوقف لا المستأجر. قال الشيخ سليمان البحيري في شرحه ناقلا عن شرح مؤلفه المعتمد: معنى قولنا إنها تنفسخ بموت مستحق الأجرة أنه إن كان الوقف على بطن بعد بطن فأجر البطن الأعلى ثم مات قبل انقضائها انفسخت فيما بقي؛ لأن ملك المنفعة انتقل بالموت للبطن الآخر ممن يرجع إليه الوقف فقد تبين أنه آجر ملكه وملك غيره، بخلاف موت الناظر إذا لم يكن من أهل الوقف وموت المستأجر فإنه لا يفسخ. انتهى.

ص: أو خلف رب دابة في غير معين وحج ش: وله أن يرفع الأمر إلى الحاكم فينظر في ذلك، فإن

نص خليل

أَوْ فَسَقَ مُسْتَأْجِرٌ وَآجَرَ الْحَاكِمُ إِنْ لَمْ يَكُفْ أَوْ يَعْتَقِ عَبْدٌ وَحُكْمُهُ عَلَى الرَّقِّ وَأَجْرَتُهُ لِسَيِّدِهِ إِنْ أَرَادَ أَنَّهُ حُرٌّ بَعْدَهَا. فصل
وكبراء الدابة كذلك وجاز على أن عليك علفها أو طعام ربها أو عليه طعامك أو ليركبها في حوائجها أو ليطحن بها شهراً
أو ليحمل على دوابه مائة وإن لم يسَمَّ ما لكل وعلى حمل آدمي لم يره.

متن الخطاب

435 رأى أن في الصبر ضرراً فسخ الكراء وإن لم يضر لم يفسخ. نقله/ ابن عرفة عن اللخمي. ثم قال
ابن عرفة: ولو غاب كرى مضمون ووجد له مثله لم يستحقه مكتره إلا بالحكم، وإن لم يوجد وله ما
يكري به عليه أكرى عليه الحاكم منه، وإن لم يكن له شيء [وطاع⁸¹⁸] المكترى بسلفه جاز إن علم
له مال، وإن لم يعلم ففي صحة سلفه لذلك قولاً ابن القاسم ومحمد، ورجح اللخمي الأول بالقياس
الأحروي على منع غرماء مفلس طاع برد ما ابتاعه لبائعه لعجزه عن ثمنه بسلفهم إياه الثمن لربح
فيه. انتهى.

ص: أو فسق مستأجر ش: قال في المدونة: وإذا ظهر من مكترى الدار دعارة وخلاعة وفسق وشرب
خمر لم ينقض الكراء، ولكن الإمام يمنعه ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى إخراجه
أخبره وأكراها عليه. قال أبو الحسن: قال ابن يونس من اكترى داراً وله جيران سوء فله ردها لأن
ذلك عيب، ولهذا قال مالك فيمن اشترى داراً ولها جيران سوء إنه عيب ترد به قال الشاعر:

يقولون لي بعت الديار رخيصة ولا أنت مديون ولا أنت مفلس

فقلت لهم كفوا الملامة واقصروا بجيرانها تغلو الديار وترخص انتهى.

وقال ابن عرفة: وروى ابن حبيب في فاسق ذي دار بين الناس يعاقبه السلطان ويمنعه، فإن لم ينته
بيعت عليه. اللخمي: وأرى أن يبدأ بعقوبته، فإن لم ينته أكرت عليه، فإن لم ينته عن إذايته لإتيانه
إليها بيعت عليه، وسمع أبو زيد ابن القاسم آخر مسألة من كتاب السلطان قال مالك في فاسق يأوي إليه
أهل الفسق: يخرج من منزله، وتخرج عليه الدار والبيوت، ولا تباع عليه لعله يتوب ابن القاسم يتقدم
إليه مرة أو مرتين أو ثلاثاً، فإن لم ينته أخرج وأكرى عليه. ابن رشد: رواية ابن حبيب يباع عليه
خلاف هذا السماع، وقوله فيها أصح لما ذكره من رجاء توبته، ولو لم تكن الدار له إلا بكراء أكرت عليه
ولم يفسخ كراؤه. ابن عرفة: لأن فسخ الكراء مضرة على رب الدار، ويحتمل حمل رواية ابن حبيب على
من لا ترتفع مضرة فسقه إلا برفع ملكه، وحمل رواية ابن القاسم على من ترتفع مضرته بمجرد

436

كرائها عليه. ابن رشد: وروى يحيى بن يحيى أنه قال: أرى أن يحرق بيت الخمار. قال:/
وأخبرني بعض أصحابنا أن مالكا كان يستحب حرق بيت المسلم الذي يبيع الخمر قيل له
فالنصراني يبيعه بين المسلمين؟ قال: إن تقدم إليه [فلم⁸¹⁹] ينته أحرقت بيته. قال: وحدثني
الليث أن عمر بن الخطاب أحرق بيت رويشد الثقفي لأنه كان يبيع الخمر، وقال أنت فويسق لا
رويشد. انتهى. والله أعلم.

فصل كراء الدواب:

ص: أو ليركبها في حوائجها أو ليطحن بها شهراً ش: شهراً قيد في المسألتين.

الحديث

818 - في المطبوع وضاع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 وما يابى 86.
819 * - في المطبوع ويحيى 195 فإن لم وما بين المعقوفين من يم 23 وم 153 وما يابى 86 وسيد 69.

نص خليل

وَلَمْ يَلْزِمَهُ الْفَادِحُ بِخِلَافٍ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ وَيَبْعُهَا وَاسْتِثْنَاءُ رُكُوبِهَا الثَّلَاثَ لَا جُمُعَةً وَكَرِهَ الْمُتَوَسُّطُ وَكَرَاهُ دَابَّةٌ شَهْرًا إِنْ لَمْ يَنْتَقِذْ وَالرُّضَا بِغَيْرِ الْمُعَيَّنَةِ الْهَالِكَةِ إِنْ لَمْ يَنْقُذْ أَوْ نَقْدَ وَاضْطُرُّ وَفَعَلَ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَيْهِ وَدُونَهُ وَحَمْلُ بَرُؤِيَّتِهِ أَوْ كَيْلِهِ أَوْ وَزْنِهِ أَوْ عَدِهِ إِنْ لَمْ تَتَّفَاوَتْ وَإِقَالَةُ قَبْلِ النَّقْدِ وَبَعْدُهُ إِنْ لَمْ يَغِبْ عَلَيْهِ وَالْأَفْلَا إِنْ لَمْ يَكُنْ الْمُكْتَرِي فَقَطُّ إِنْ اقْتَصَا أَوْ بَعْدَ سَيْرٍ كَثِيرٍ وَاشْتِرَاطُ هَدِيَّةٍ مَكَّةَ إِنْ عُرِفَ وَعَقِبَةُ الْأَجِيرِ لَا حَمْلٍ مَن مَرَضَ وَلَا اشْتِرَاطَ إِنْ مَاتَتْ مُعَيَّنَةٌ أَتَاهَا بِغَيْرِهَا كَدَوَابٍ لِرَجَالٍ أَوْ لَأَمْكِنَةٍ أَوْ لَمْ يَكُنِ الْعُرْفُ نَقْدَ مُعَيَّنٍ وَإِنْ نَقْدَ أَوْ بَدَنَانِيرٍ عِيْنَتْ إِلَّا بِشَرْطِ الْخَلْفِ أَوْ لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مَا شَاءَ أَوْ لِمَكَانٍ شَاءَ أَوْ لِيُشَيِّعَ رَجُلًا أَوْ بِبَيْتِلِ كِرَاءِ النَّاسِ أَوْ إِنْ وَصَلَتْ فِي كَذَا فَبِكَذَا أَوْ لِيَنْتَقِلَ لِبَلَدٍ وَإِنْ سَاوَتْ إِلَّا بِإِذْنِ كَارِدِافِهِ خَلْفَكَ أَوْ حَمْلٍ مَعَكَ وَالْكَرَاءُ لَكَ إِنْ لَمْ تَحْمِلْ زَنَةً كَالسَّيْفِيَّةِ وَضَمِنْ إِنْ أَكْرَى لِغَيْرِ أَمِينٍ أَوْ عَطِبَتْ بِزِيَادَةِ مَسَافَةٍ أَوْ حَمْلٍ تَعْطَبُ بِهِ.

ص: ولم [يلزمه⁸²⁰] الفادح ش: قال عياض: الفادح من الرجال، والأحمال العظام الثقال التي تهلك الدواب. انتهى.

متن الحطاب

ص: وبيعها واستثناء ركوبها الثلاثة ش: تصوره ظاهر، والمسألة في المدونة وغيرها. قال القرطبي في شرح مسلم وغيره: يجوز بيع البعير واستثناء ركوبه لحديث¹ جابر في الصحيحين، لكن قال مالك إذا كانت المسافة معلومة قريبة، وحمل الحديث عليه انتهى.

437

ص: وكراء دابة شهرا إن لم ينقد ش: قوله: "دابة" يريد معينة، وقوله: "شهرا" يعني يكتريها / ولا يركبها إلا بعد مضي شهر، وهذا لا يجوز النقد فيه لأن الإجارة المعينة إذا لم يشرع فيها لم يجز النقد لأنه يصير تارة ثمنا، وتارة سلفا. قال في المدونة: ومن اكرت دابة بعينها على أن يركبها إلى يوم أو يومين وما قرب جاز، وجاز النقد فيه، وإن كان إلى شهر أو شهرين جاز ما لم ينقد. اهـ.

ص: وإقالة بزيادة قبل النقد وبعده إن لم يغيب عليه ش: يعني [أنه تجوز⁸²¹] الإقالة برأس

المال، وتجوز بزيادة قبل النقد وبعده وقبل الغيبة عليه من المكتري والمكري، ويريد إذا كانت الزيادة معجلة، وقد استوفى أقسامها في المقدمات.

ص: واشتراط هدية مكة إن عرف ش: نحوه في المدونة.

فائدة: قال بعده في المدونة: وأجاز للمكتري أن يحمل في غيبته ثوبا أو ثوبين لغيره ولا يخبر بذلك [الجمال،⁸²²] وهو من شأن الناس ولو بيّن هذه الأشياء ووزنها كان أحسن. انتهى. والله أعلم.

438

ص: ولا اشتراط إن ماتت معينة أتاه بغيرها ش: قال في المدونة: وإن اشترط في المعينة إن ماتت أتاه بغيرها لم يجز. انتهى.

ص: أو عطبت بزيادة المسافة أو حمل تعطب به ش: يعني أن الدابة إذا عطبت بزيادة المسافة

الحديث

1 - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم قال كيف ترى بعيرك؟ أتبيعنيه قلت نعم فبعته إياه فلما قدم المدينة غدت إليه بالبعير فأعطاني ثمنه، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاستقراض، دار الفجر 2005، رقم الحديث 2385، ورواية مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له قد أخذت جملك بأربعة دنائير ولك ظهرك إلى المدينة، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 715.

⁸²⁰ - في المطبوع يلزم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 436 وما يابى 86 ويحيى 205.

⁸²¹ * - في المطبوع وسيد 69 أنه لا يجوز وما بين المعقوفين من يحيى 195 ويم 23 وم 153 وفي ما يابى 87 أنه يجوز.

⁸²² - في المطبوع الحمال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 437 وما يابى 87.

متن الخطاب فإنه يضمنها، وسواء كانت الزيادة مما تعطب الدابة في مثلها أم لا، وكذا يضمن الدابة إذا عطبت بسبب زيادة في الحمل إذا كانت الزيادة مما تعطب الدابة بمثلها.

تنبيهات: الأول: قوله: "أو عطبت بزيادة مسافة" ظاهره أنه إذا زاد على المسافة التي اكرى إليها يضمن ولو كان اكرى ذاهبا وراجعا، ولا يعتبر قدر الرجوع مما زاد على المسافة كما تقول الشافعية إنه لا يضمن حتى يزيد على المسافة المشتركة قدر الرجوع الذي يستحقه وهو كذلك. قال في كتاب الرواحل من المدونة: قال مالك: وإن اكرهاها إلى بلد ذاهبا وراجعا فعطبت الدابة يوم وصوله إلى البلد لم يضمن المكثري، ولربها نصف الكراء فقط، وإن جاوزها فلربها أخذ قيمتها يوم تعديه مع كرائها إلى ذلك الموضع وإن شاء أخذ دابته وكراء ما تعدى فيه. قال ابن يونس: يريد مع كراء الأول، ويفهم ذلك من مسألة المدونة الآتية في شرح قول المصنف: "إلا أن يحبسها كثيرا".

الثاني: قول المؤلف: "ضمن" في هذه المسائل معناه أن رب الدابة مخير في أن يأخذ قيمتها أو يأخذ الكراء الأول وكراء الزيادة.

الثالث: ظاهر كلامه أن التعدي في زيادة المسافة [مثل⁸²³] التعدي في زيادة الحمل وليس كذلك، فإنه إذا تعدى بزيادة المسافة يخير رب الدابة في أن يأخذ قيمتها يوم التعدي مع كرائه الأول، أو يأخذ كراءه الأول مع كراء مثل ما تعدى، وأما إذا تعدى بزيادة الحمل فإن ربها يخير بين أن يأخذ كراء مثل ما زاد على الدابة بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. قال في المدونة في المسألة الثانية: وإذا زاد المكثري على الدابة في الحمل الذي شرط فعطبت فإن زاد ما تعطب في مثله خير ربها في أخذ المكثري بقيمة كراء ما زاد على الدابة في الحمل بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. قال ابن يونس: يريد إذا زاد على ذلك في أول المسافة وإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار ربها أخذ قيمة الدابة فله قيمة الدابة يوم التعدي ونصف الكراء الأول، وكذلك في ثلث الطريق أو ربعه ثلث الكراء أو ربعه مع قيمة الدابة. انتهى.

وقال في المسألة الأولى: وإذا بلغ المكثري الغاية التي اكرى إليها ثم زاد ميلا فعطبت الدابة فلربها كراؤه الأول، والخيار في أخذ قيمة كراء الميل الزائد ما بلغ، أو قيمة الدابة يوم التعدي. انتهى.

ص: وإلا فالكرء ش: أي وإن لم تكن الزيادة التي في الحمل مما تعطب الدابة بمثلها فلا يلزم المكثري إلا كراء الزيادة ولو عطبت الدابة، وهذا هو المشهور؛ أعني أنه يفرق بين الزيادة في المسافة وبين الزيادة في الحمل ففي / زيادة المسافة يضمن إذا عطبت مطلقا، سواء كانت الزيادة مما تعطب بمثلها أم لا، وفي زيادة الحمل لا يضمنها إذا عطبت إلا إذا زاد زيادة تعطب بمثلها. قال أبو الحسن الصغير: والفرق بينهما أن [المتعدي⁸²⁴] بزيادة الحمل اليسير الذي [لم⁸²⁵] تعطب بمثله [مستند⁸²⁶] إلى إذن وتعد، فالإذن في الحمل المعتاد والزيادة في اليسير إنما هو تعد فقط. والله أعلم.

823 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عنود ص 438 ويحيى 206 ومايبي 87.

824 - في المطبوع التعدي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 153.

825 - وعلق عليها الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب لا تعطب.

826 - في المطبوع مستندا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 439 ويحيى 196 وم 153 وسيد 69 ومايبي 88.

نص خليل
كَانَ لَمْ تَعْطَبْ إِلَّا أَنْ يَحْبِسَهَا كَثِيرًا فَلَهُ كِرَاءُ الزَّائِدِ أَوْ قِيمَتُهَا وَلَكَ فَسْخُ عَضُوضٍ أَوْ جَمُوحٍ أَوْ أَعْشَى
أَوْ دَبْرُهُ فَاحِشًا كَانَ يَطْحَنَ لَكَ كُلَّ يَوْمٍ إِرْدَبَيْنِ بِدَرَاهِمٍ فَوُجِدَ لَا يَطْحَنُ إِلَّا أَرْدَبًا وَإِنْ زَادَ أَوْ نَقَصَ مَا
يُشْبِهُ الْكَيْلَ فَلَا لَكَ وَلَا عَلَيْكَ.

فصل جاز كراء حمام ودار غائبة كبيعها أو نصفها أو نصف عبد وشهرا على إن سكن يوما لزم.

متن الخطاب
فرع: الشعبي عن أحمد بن عبد الله: إذا حمل على الدابة المكتراة إلى موضع أقل من الشرط غلطا منه حتى وصل فعليه الكراء كاملا؛ إذ لو شاء لتثبت في حمل الجميع. انتهى.
ص: كأن لم تعطب ش: يعني أن الدابة إذا لم تعطب فلا يلزم المكثري إلا كراء ما زاد من الحمل أو المسافة وإن كانت الدابة تعطب بمثل ذلك ثم استثنى من زيادة المسافة.
ص: إلا أن يحبسها كثيرا [وله كراء الزيادة أو قيمتها⁸²⁷] ش: ويشير به إلى قوله في المدونة: ومن اكرتري دابة من مصر إلى برقة ذاهبا وراجعا إلى مصر فتمادى إلى إفريقية وعاد إلى مصر فرب الدابة مخير في أخذ قيمة كرائها من برقة إلى إفريقية ذاهبا وراجعا إلى برقة ما بلغ مع كرائه الأول، أو نصف الكراء الأول مع قيمتها ببرقة يوم التعدي ردها بحالها أو بغير حالها؛ لأن سوقها قد تغير، وقد حبسها المكثري عن نفعه بها وعن أسواقها. انتهى.
ص: ولك فسخ عضوض أو جموح أو أعشى أو [دبره⁸²⁸] فاحشا ش: قال في الشامل: ولك فسخ كراء عضوض وأعشى وعثور وجموح وذي دبرة فاحشة وقيد إن كان بمستعتب، وإلا تمادى وحط عنه قيمة العيب كما لو لم يعلم به حتى وصل. انتهى. والأعشى هو الذي لا يبصر بالليل، والجموح القوي الرأس الذي لا يقاد إلا بعسر، والعضوض الذي يعض من يقرب منه، والدبر العقر الذي يحصل في ظهور الإبل. قاله بهرام.

ص: كأن يطحن لك كل يوم إردبين بدرهم فوجد لا يطحن إلا إردبا ش: هكذا قال في كتاب الرواحل من المدونة: ونصها: وإن اكرتريت ثورا لتطحن عليه كل يوم أردبين بدرهم فوجدته لا يطحن إلا إردبا فلك رده، وعليك في الإردب نصف درهم. انتهى. وظاهر كلام المدونة أن عقد الكراء صحيح وليس بفساد، وهو جار على أحد القولين المشهورين اللذين تقدما فيما إذا قيد العمل بالزمان وتحمل العمل كما أشار إلى ذلك القاضي عياض في التنبيهات في كتاب كراء الرواحل، وأشار إلى ذلك اللخمي، وتقدم أن الخلاف إنما هو فيما يمكن أن يعمل وأن يتمه في ذلك الزمان. والله أعلم.

ص: وإن زاد أو نقص ما يشبه الكيل فلا لك ولا عليك ش: لو جعل من تمام المسألة التي قبله ما بعد. والله أعلم.

ص: فصل جاز كراء حمام ودار غائبة كبيعها ش: قال في المدونة: ولا بأس بكراء أرض أو دار

⁸²⁷ - في المطبوع فله كحراء الزيادة وقيمتها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 439 ويحيى 206 ومايأى 88 (قله كراء الزيادة).

⁸²⁸ - في المطبوع دبرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 439 ويحيى 206 ومايأى 88.

نص خليل
 إِنْ مُلِكَ الْبَقِيَّةُ وَعَدِمَ بَيَانُ الْإِبْتِدَاءِ وَحُمِلَ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ وَمُشَاهَرَةً وَلَمْ يَلْزَمْ لَهُمَا إِلَّا يَنْقُدْ فَقَدْرُهُ كَوَجِبِيَّةٍ بِشَهْرِ كَذَا
 أَوْ هَذَا الشَّهْرَ أَوْ أَشْهُرًا أَوْ إِلَى كَذَا وَفِي سَنَةٍ بِكَذَا تَأْوِيلَانِ وَأَرْضٌ مَطَرٍ عَشْرًا إِنْ لَمْ يَنْقُدْ وَإِنْ سَنَةً.

متن الخطاب
 غائبة ببلد قريب أو بعيد على صفة أو رؤية متقدمة وينقده كالبائع، ثم لا رد له إن وجدها على
 الصفة، وإنما يجوز ذلك على رؤية متقدمة منذ أمد لا تتغير في مثله. انتهى. أبو الحسن: قوله:
 440 "وينقده كالبائع" قال أحمد: قال محمد بن إبراهيم: ولا ينقده على صفة ربها وإنما ينقده على صفة
 غيره أو يرسل/ المكثري رسولا يبصرها. انتهى.

ص: أو نصفها أو نصف عبد ش: قال في كراء الدور منها: وتجاوز إجارة نصف دابة أو نصف عبد
 يكون للمستأجر يوما وللذي له النصف الآخر يوما كالبائع. ثم قال: ولا بأس بكراء نصف دار أو
 سدسها أو جزء شائع قل أو أكثر كالشراء. قال أبو الحسن في شرح الكلام الأول: قال اللخمي:
 فيستعمله المستأجر، وذكر كلام اللخمي المتقدم ذكره في التنبيه الأول عند قول المصنف: "قدر على
 تسليمها".

ص: إن ملك البقية ش: يعني إن كان المكثري يملك منفعة البيت في بقية الشهر إن شاء سكن، وإن
 شاء أسكن غيره. قال في المدونة: ومن استأجر بيتا شهرا بعشرة دراهم على أنه إن سكن فيه يوما
 واحدا فالكراء له لازم جاز إن كان له أن يسكن بقية الشهر أو يكريه إذا خرج، وإلا لم يجز على
 حال. انتهى.

تنبيهان: الأول: زاد ابن عرفة عن المدونة: ما لم يشترط عليه إن خرجت فليس لك أن تكري البيت.
 ثم قال: ونقلها اللخمي بزيادة لا خير فيها والكراء لازم والشرط باطل، وإن كان على أنه إن خرج
 رجع البيت لربه ولا يحط من الكراء شيئا فهو فاسد وعليه قيمة ما سكن وفسخ متى أدرك، وفيه
 نظر؛ لأن ظاهر قولها لا خير فيه أنه فاسد، وهو مقتضى أصل المذهب في الشرط المنافي لمقتضى العقد.
 الثاني: قال في المدونة: وللكري أن يأخذ كراء كل يوم يمضي إلا أن يكون بينهما شرط فيحملان
 عليه. ابن يونس: وإن لم يكن شرط وكانت سنة البلد النقد قضي به. انتهى.

ص: كوجيبة ش: الوجيبة المدة المعينة/

ص: وأرض مطر عشرا ش: مراده سواء كانت مأمونة أو غير مأمونة، وكذلك سائر الأرضين،
 وقوله: "عشرا" ذكر العشر لأنه في المدونة كذلك، وإلا فهو يجوز كراؤها أكثر من عشر. قال في
 المقدمات: السنين الكثيرة. والله أعلم.

ص: إن لم ينقد ش: قال في المدونة: ولا بأس بكراء أرض المطر عشر سنين إن لم ينقد، فإن شرط
 النقد فسد، أبو الحسن قوله إن لم ينقد معناه إن لم يشترط النقد يدل عليه قوله: "فإن شرط". انتهى.
 [وقدم⁸²⁹] المؤلف في فصل الخيار المواضع التي يمتنع النقد فيها مع الشرط [والمواضع التي يمتنع
 النقد فيها مع الشرط⁸³⁰] وعدمه، وعد هذا فيما يمتنع النقد فيه مع الشرط فقط، إلا أن الشيخ

829 - في المطبوع وقد قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 441 وفي يحيى 197 وما يابى 89 وم 154 وقد قدم.

830 - ساقطة من المطبوع ويحيى 197 وما يابى 89 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 441.

نص خليل

إِلَّا الْمَأْمُونَةُ كَالنَّيْلِ وَالْمَعِينَةُ فَيَجُوزُ وَيَجِبُ فِي مَأْمُونَةِ النَّيْلِ إِذَا رَوَيْتَ وَقَدَّرَ مِنْ أَرْضِكَ إِنْ عُيِّنَ أَوْ تَسَاوَتْ وَعَلَى أَنْ يَحْرُثَهَا ثَلَاثًا أَوْ يَزْبُلَهَا إِنْ عُرِفَ وَأَرْضُ سِنِينَ لِذِي شَجَرٍ بِهَا سِنِينَ مُسْتَقْبَلَةً وَإِنْ لَغَيْرِكَ لَا زَرْعَ وَشَرْطُ كُنُسٍ مِرْحَاضٍ أَوْ مَرْمَةٍ أَوْ تَطْيِينٍ مِنْ كِرَاءٍ وَجَبَ لَا إِنْ لَمْ يَجِبْ أَوْ مِنْ عِنْدِ الْمُكْتَرِي أَوْ حَمِيمٍ أَهْلُ ذِي الْحَمَامِ أَوْ نُورَتِهِمْ مُطْلَقًا أَوْ لَمْ يُعَيَّنْ بِنَاءٌ وَغَرْسٌ وَبَعْضُهُ أَضْرٌ وَلَا عَرْفٌ وَكِرَاءٌ وَكَيْلٌ بِمُحَابَاةٍ أَوْ عَرْضُ أَوْ أَرْضُ مُدَّةٍ لَغَرْسٍ فَإِذَا انْقَضَتْ فَهُوَ لِرَبِّ الْأَرْضِ أَوْ نِصْفُهُ وَالسَّنَةُ فِي الْمَطَرِ بِالْحَصَادِ وَفِي السَّقْيِ بِالشُّهُورِ فَإِنْ تَمَّتْ وَلَهُ زَرْعٌ أَخْضَرَ فَكِرَاءٌ مِثْلُ الزَّائِدِ وَإِذَا انْتَهَرَ لِلْمُكْتَرِي حَبٌّ فَتَبَّتْ قَابِلًا فَهُوَ لِرَبِّ الْأَرْضِ كَمَنْ جَرَهُ السَّيْلُ إِلَيْهِ وَلَزِمَ الْكِرَاءُ بِالتَّمَكُّنِ وَإِنْ فَسَدَ لِجَائِحَةٍ أَوْ غَرَقَ بَعْدَ وَقْتِ الْحَرْثِ أَوْ عُدِمَ بَذْرًا أَوْ سَجِنَهُ.

متن الخطاب

بهراما قال هنالك ظاهره أن التطوع بالنقد جائز، ونص الفاكهاني في شرح الرسالة على خلافه. انتهى. وفي المدونة ما يوافق ظاهر كلام المؤلف، ونصها في أكرية الدور: وإن [اكتريت⁸³¹] من رجل أرضه قابلا وفيها زرع له أو لمكتري عامه جاز، فإن كانت مأمونة كأرض النيل جاز النقد فيها، وإلا لم يجز بشرط. انتهى.

ص: إلا المأمونة كالنيل والمعينة فيجوز ش: أي [إلا⁸³²] الأرض المأمونة من أرض المطر فيجوز اشتراط النقد فيها كما يجوز ذلك في أرض النيل المأمونة الري وفي الأرض المعينة الماء المأمونة. هذا معنى كلامه، وقد صرح في التوضيح هنا بأنه يجوز اشتراط النقد في الأرض الغالب ريبها على قول ابن القاسم خلافا لابن الماجشون، وكلام البساطي فيه شيء فتأمله. وللرجاجي كلام في ذلك فانظره فيه. والله أعلم.

ص: وعلى أن يحرقها ثلاثا أو يزلها ش: ابن عرفة: وشرط منفعة في الأرض كشرط نقد بعض كرائها، فيها من اكرى أرضا على أن يكر بها/ ثلاث مرات ويزرعها في الكراب الرابع جاز، وكذا على أن يزلها بشيء معروف. الصقلي وغيره: يريد إن كانت مأمونة؛ لأن زيادة الكراب والتزيب منفعة تبقى في الأرض إن لم يتم زرعها، فإن نزل/ في غير المأمونة ولم يتم زرعها نُظِرَ كَمْ يَزِيدُ كَرَاؤُهَا لزيادة ما اشتراط على معتاد حرثها وهو عندنا حرثه على كرائها دون ما اشتراطت زيادته على المعتاد فيرجع بالزائد لأنه كنفد اشتراطه فيها ولو تم زرعها كان عليه كراء مثلها بشرط تلك الزيادة لأنه كراء فاسد. قاله التونسي. انتهى. وقوله: "نظركم يزيد كراؤها" الخ يريد في السنة الثانية صرح به أبو الحسن الصغير وغيره. أبو الحسن: أجاز هنا بيع الزبل فهو يناقض ما في البيوع الفاسدة إن كان لمالك، وإن كان لابن القاسم فهو موافق. انتهى.

ص: وفي السقي بالشهور إلى آخره ش: قال في الشامل: وفي السقي بتمامها، فإن تمت والزرع باق وكان ربه يظن تمامه فزاد الشهر ونحوه لزم رب الأرض تركه لتمامه بكراء المثل فيما زاد، وقيل نسبة المسمى ولو بعد الأمد وعلم ربه ذلك فلربها قلعه أو تركه بالأكثر من المسمى وكراء المثل وليس له شراؤه على الأصح. انتهى.

ص: أو عديمه بذرا أو سجنه ش: قال في المدونة: ومن اكرى أرضا فلم يجد بذرا أو سجنه سلطان

الحديث

831 - في المطبوع ويحيى 207 اكرت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 441 ومايأى 89.

832 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 441 ومايأى 89.

نص خليل

أَوْ انْهَدَمَتْ شُرَفَاتُ الْبَيْتِ أَوْ سَكَنَ أَجَنِّيُّ بَعْضُهُ لَا إِنْ نُقِصَ مِنْ قِيَمَةِ الْكِرَاءِ وَإِنْ قَلَّ أَوْ انْهَدَمَ بَيْتٌ فِيهَا أَوْ سَكَنَهُ مُكْرِيهِ أَوْ لَمْ يَأْتِ بِسُلْمٍ لِلْأَعْلَى أَوْ عَطِشَ بَعْضُ الْأَرْضِ أَوْ غَرِقَ فَبِحَصَّتِهِ وَخَيْرَ فِي مُضِرٍّ كَهَظَلٍ فَإِنْ بَقِيَ فَالْكِرَاءُ كَعَطَشِ أَرْضٍ صُلِحَ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِلَّا أَنْ يُصَالِحُوا عَلَى الْأَرْضِ تَأْوِيلًا عَكْسُ تَلْفِ الزَّرْعِ لِكَثْرَةِ دُودِهَا أَوْ فَارَهَا أَوْ عَطِشَ أَوْ بَقِيَ الْقَلِيلُ وَلَمْ يُجْبَرْ آجِرٌ عَلَى إِصْلَاحٍ مُطْلَقًا بِخِلَافِ سَاكِنٍ أَصْلَحَ لَهُ بَقِيَّةُ الْمُدَّةِ قَبْلَ خُرُوجِهِ وَإِنْ أَكْثَرِيَا حَانُوتًا فَأَرَادَ كُلُّ مُقَدَّمَةٍ قُسِمَ إِنْ أَمَكَنَ وَإِلَّا أَكْرِيَ عَلَيْهِمَا.

متن الحطاب

444 باقي المدة فالكرء يلزمه، ولا يعذر بهذا ولكن [يكريها]⁸³³ إن/ لم يقدر هو على أن يزرعها. أبو الحسن الصغير: قال للخمى: محمل قوله في البذر على أن المكثري وحده عجز عنه لأنه قادر على أن يكريها، ولو كانت شدة فلم يجد أهل الموضع [البذر]⁸³⁴ سقط عنه الكراء، وكذلك إذا قصد السلطان أن يحبسه ليحول بينه وبين زراعتها وكرائها فلا شيء عليه وإن لم يقصد ذلك وإنما طلبه السلطان بأمر فكان ذلك السبب في امتناع حرثها كان عليه كراؤها. انتهى.

ص: أَوْ انْهَدَمَتْ شُرَفَاتُ الْبَيْتِ ش: يريد ولم ينقص ذلك من قيمة كرائها. قاله في المدونة.

ص: لَا إِنْ نُقِصَ مِنْ قِيَمَةِ الْكِرَاءِ وَإِنْ قَلَّ ش: يريد إذا قام بذلك فإن سكت وسكن ولم يقم به فلا شيء له. قاله في المدونة. ونقله في التوضيح وابن عرفة وغيرهما، والظاهر من كلامهم أن حكم انهدام البيت منها كذلك لا شيء له إن سكت، وإنما يخالف حكم بيت غيره في أنه يجوز له السكنى ولا يلزمه الخروج، وتحصيل مذهب المدونة في ذلك أنه إذا انهدم شيء من الدار قليلا كان أو كثيرا لم يجبر ربها على إصلاحه مطلقا كما قال في التوضيح، ثم ينظر فيه، فإن كان فيه مضرة على الساكن فله الخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن خرج ثم عمرها [ربها]⁸³⁵ لم يلزمه الرجوع إليها، وإن عمرها وهو فيها لزمه بقية الكراء، وإن سكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء، وإن كان لا ضرر على المكثري في السكنى فالكرء له لازم، وينظر إلى [المنهدم]⁸³⁶ فإن نقص من قيمة الكراء حط ذلك النقص إذا قام به المكثري ولم يصلحه رب الدار فإن سكت وسكن فلا شيء له، وإن لم ينقص من قيمة الكراء شيئا فلا [شيء]⁸³⁷ له. والله أعلم.

445

ص: أَوْ عَطِشَ بَعْضُ الْأَرْضِ أَوْ غَرِقَ فَبِحَصَّتِهِ ش: قال في معين الحكام: تنبيه: وصفة الحكم في ذلك أن يشهد أهل المعرفة بما عهد من حال هذه/ الأرض في الأعوام المتوسطة، فإن قيل للقفيز خمسة أو ثمانية نظر ما رفع الآن منها وأعطى من الكراء بحساب ذلك. انتهى.

ص: وخير في مضر ش: انظر للخمى والرجراجي والجزولي في شرح الرسالة. والله أعلم.

ص: أَوْ عَطِشَ ش: قال ابن عرفة: للخمى: وإن غرقت الأرض بعد الإبان ثم ذهب عن قرب بعد ما

الحديث

833 - في المطبوع ویم 25 وم 154 وما یابی 89 لیکریها وما بین المعقوفین من یحیی 197 والتہذیب ج 3 ص 499.

834 - في المطبوع نذرا وما بین المعقوفین من یحیی 207 وما یابی 89 ویم 25 وم 154.

835 - في المطبوع ربه وما بین المعقوفین من م 154 ویم 25 ویحیی 197 وما یابی 90.

836 - في المطبوع المتهدم وما بین المعقوفین من یحیی 197 وم 154 ویم 25.

837 - في المطبوع كراء وما بین المعقوفین من م 154 ویم 25 وما یابی 90.

نص خليل وَإِنْ غَارَتْ عَيْنُ مُكْرَى سِنِينَ بَعْدَ زَرْعِهِ أَنْفَقْتَ حِصَّةَ سَنَةٍ فَقَطْ وَإِنْ تَزَوَّجَ ذَاتَ بَيْتٍ وَإِنْ بَكَرَاءٍ فَلَا كِرَاءَ إِلَّا أَنْ تُبَيِّنَ وَالْقَوْلُ لِلْأَجِيرِ أَنَّهُ وَصَلَ كِتَابًا أَوْ أَنَّهُ اسْتَصْنَعَ وَقَالَ وَدِيعَةٌ أَوْ حَوْلَفَ فِي الصِّفَةِ.

مقن الخطاب أفسد الزرع ثم لم تمطر بقية السنة، وعلم أنه لو لم تفسد لم يتم الزرع سقط كراؤها، واختلف إن أذهب السيل فروى محمد عليه الكراء وقال: يريد إن أذهب بعد الإبان - وأرى إن أذهب السيل وجه الأرض قبل الإبان أو بعده أن لا كراء عليه لأن منفعة الأرض في وجهها وهو المكتري وهو المقصود. قلت: قوله اختلف يدل على قولين، ولا ثاني لما ذكر إلا اختياره. انتهى.

ص: وإن غارت عين مكري سنين بعد زرعه أنفقت حصة سنة فقط ش: ابن عرفة: وفيها لمن اكتري أرضا ثلاث سنين فزرعها ثم غارت عينها أو انهدمت بثرها وأبى ربها إصلاحها أن ينفق عليها حصة تلك السنة فقط من الكراء، وما زاد عليه فهو به متطوع. الصقلي عن محمد: إن كان قبضها ربها غرمه فإن كان عديما/ فللمكتري إنفاق قدره ويتبعه به، وإن كان ذلك في السنة الثانية فله إنفاق حصتها ولا ينفق عليها شيئا من حصة الأولى، فإن كان ذلك قبل أن يزرعها فقال أشهب لا شيء على ربها، وللمكتري أن يفسخ، فإن أنفق من عنده فلرب الأرض كراؤه كاملا، ولا شيء للمكتري فيما أنفق إلا في نقض قائم من حجر ونحوه يعطيه قيمته منقوضا أو يأمره بقلعه. قلت: يجري الحكم بأن له ذلك ولو كره رب الأرض أو يأمره على ما تقدم في ذهاب الرحي بسيل أو قيمة النقض على ما تقدم في بناء المكتري بإذن رب الدار أو بغير إذنه. انتهى.

446

ص: وإن تزوج ذات بيت ولو بكراء فلا كراء إلا أن تبين ش: قال في كتاب كراء الدور والأرضين من المدونة: ومن نكح امرأة وهي في بيت اكترته سنة فدخل بها فيه وسكنها باقي المدة فلا كراء لها عليه ولا لربها، وهي كدار تملكها هي، إلا أن تبين له [إني⁸³⁸] بالكراء [أسكن⁸³⁹] فإما أدبت أو خرجت. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وإن كان يسكن بها في مسكن لأبيها أو أمها كان كمسكنها لا شيء لهما عن مدة ما كانت في العصمة، وأما الأخ والعم فالأمر فيهما مشكل فيحلف ويستحق إلا أن تطول المدة والسنون وهو لا يتكلم، ومثله إذا سكن عند أبويه ثم طلبا الكراء فلا شيء لهما وذلك لأخيه وعمه إن لم يقد دليل لهما على المكارمة. انتهى. والله أعلم.

ص: والقول للأجير أنه [وصل⁸⁴⁰] كتابا ش: قال في كراء الدواب من المدونة: وإن أجرت رجلا على تبليغ كتاب من مصر إلى إفريقية بكذا فقال بعد ذلك أوصلته وأكذبتة فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله لأنك ائتمنته عليه وعليك دفع كرائه، وكذلك الحمولة كلها، وقال غيره على المكري البينة أنه أوفاه حقه وبلغه غايته. انتهى. وقوله في المدونة: في أمد يبلغ في مثله يستفاد من قول المؤلف بعد إن أشبه فإنه عائد إلى الفروع الأربعة. والله أعلم. قال الشيخ أبو الحسن الصغير جعل

الحديث

838 - في المطبوع أني وما بين المعقوفين من التهذيب ج 3 ص 479.

839 - ساقطة من المطبوع وم 154 ويحيى 198 ومايaby 90 ويم 25 وما بين المعقوفين من التهذيب ج 3 ص 479.

840 - في يحيى 198 ومايaby 91 أوصل.

وَفِي الْأَجْرَةِ إِنْ أَشْبَهَ وَحَازَ لَا كَبْنَاءٍ وَلَا فِي رَدِّهِ فَلِرَبِّهِ وَإِنْ بَلَ بَيِّنَةٍ.

متن الخطاب القول قوله وإن كانت ذمته عامرة بما دفع فصدقه في أدائها ابن يونس كوكيل البيع يقول بعت ويقول الموكل لم تبع فالقول قول الوكيل. قال أبو إسحاق: ولعل ابن القاسم إنما أراد أن مثل هذا لا يحتاج إلى إثبات لأنه عرف عندهم، أو لتعذر ذلك فصار كالمشترط أن يصدق في قوله أوصلته، وإلا فهو إدخال في ذمة الذي أرسل إليه، وانظر مثل هذا ما قال في كراء الدور في مسألة الدم وفي كتاب الوكالات في مسألة اللؤلؤ، وانظر خلافها مسألة الصبرة في البيوع الفاسدة ومسألة الغرائر في السلم الثاني، وانظر ما هو أعم من هذا: الرسول يقول دفعت البضاعة من كتاب الشهادات وفي تضمين الصانع وفي كتاب الوكالات وفي غير ما موضع من الكتاب، وانظر وكيل البيع في المساقاة وفي الأيمان بالطلاق، وانظرها في النكاح في/ المرأة توكل من يزوجه، وانظر لو مات الرسول في الطريق فإنه يكون له من الإجارة بحسب ما سار قال في العتبية فيمن استأجر رجلا على تبليغ غلام إلى موضع فيأبى في بعض الطريق إنه له بحساب ما سار، إلا أن يكون ذلك بمعنى الجعل. قال بعض الشيوخ: وكذلك مسألة الكتاب. الشيخ: وقول الغير بَيِّنٌ لا إشكال فيه؛ لأنه جار على الأصل. انتهى.

447

ص: وفي الأجرة إن أشبه وجاز ش: تصوره من كلام الشارح وابن غازي واضح، فإن اختلف الصانع والمصنوع له فطلب أحدهما نقد يوم التعاقد والآخر [نقد⁸⁴¹] يوم الفراغ فقال في النواذر في كتاب تضمين الصانع إنه يقضى بنقد يوم التعاقد، ونصه في آخر ترجمة تفليس الصانع: وإذا طلب الصانع بعد فراغ المتاع نقد يومئذ لم يكن له إلا النقد الذي كان جاريا يوم دفع إليه، وكذلك المكري له نقد البلد الذي حمله منه لا نقد البلد الذي حمله إليه وإن لم يجر عنه ببلد حمل إليه. انتهى.

ص: ولا في رده فلربه ش: قال في كتاب الإجارة من المدونة: وإذا أقر الصانع بقبض متاع وقال عملته وردته ضمن إلا أن يقيم بينة على الرد. أبو الحسن: زاد في تضمين الصانع قبضه ببينة أو بغير بينة. ابن يونس: فإن لم تقم بينة على الرد حلف ربه وأخذ قيمته بغير صنعة. انتهى. ثم قال في المدونة: وإن ادعى على أحدهم فأنكر لم [يوخذ⁸⁴²] إلا ببينة أن المتاع قد دفع إليه والا حلف. انتهى. ونقله ابن يونس.

فرع: قال ابن عرفة في آخر الإجارة: وإن اختلف الأجير ومن آجره في مرضه أو عطلته في مدة الإجارة ففي قبول قول من آجره إن أواه إليه ليلة [و⁸⁴³] نهاره، وإلا فالأجير، وعكسه ثالثها الأول في العبد وفي الحر قول الأجير مطلقا، ورابعها القول قوله مطلقا، وخامسها عكسه لابن عات عن ابن مغيث عن ابن القاسم وأصبغ وفتوى الشيوخ وعن اللخمي مع محمد مع أشهب وعن ابن حبيب مع ابن الماجشون وعن التونسي عن أصل ابن القاسم وغيره. انتهى.

841 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 وما يابى 91.

842 - في المطبوع ياخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 ويحيى 208 وما يابى 91 ويم 26.

843 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 وما يابى 91 ويم 26.

نص خليل

وَأِنْ ادَّعَاهُ وَقَالَ سُرِقَ مِنِّي وَأَرَادَ أَخْذَهُ دَفَعَ قِيَمَةَ الصَّبْغِ بِيَمِينِهِ إِنْ زَادَتْ دَعْوَى الصَّانِعِ عَلَيْهَا وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَهُ فَإِنْ دَفَعَ الصَّانِعُ قِيَمَتَهُ أَبْيَضَ فَلَا يَمِينَ إِلَّا حَلْفًا وَاشْتَرَاكَ لَا إِنْ تَخَالَفَا فِي لَتِ السُّوَيْقِ وَأَبَى مِنْ دَفْعِ مَا قَالَ اللَّاتُ فَبِئَلُ سَوِيْقِهِ وَلَهُ وَلِلْجَمَالِ بِيَمِينٍ فِي عَدَمِ قَبْضِ الْأَجْرَةِ وَإِنْ بَلَغَا الْغَايَةَ إِلَّا لَطُولِ فَلَمْكُتْرِيهِ بِيَمِينٍ.

متن الحطاب

448

ص: وإن ادعاه وقال سرق مني إلى قوله حلفا واشتركا ش: مشى رحمه الله على ما قيد به صاحب/ النكت والتونسي واللمحي قول ابن القاسم فجعل رب الثوب تارة يريد أخذه، وتارة يريد تضمين الصناع قيمته فقال إن أراد أخذه دفع قيمة الصبغ، ثم ينظر فإن زادت دعوى الصانع على قيمة الصبغ حلف رب الثوب ليسقط عنه الزائد على قيمة الصبغ من التسمية التي ادعى الصانع، وهذا معنى قول المؤلف: "بيمين إلى آخره" وقوله: "بيمين" متعلق بمحذوف أي أخذه بيمين، ومفهوم الشرط وهو قوله: "إن زادت دعوى الصانع عليها" أنها لو كانت دعواه مساوية لها أو أقل أخذه بغير يمين وهو كذلك، وأما إن اختار رب الثوب تضمين الصانع فإنه يقال للصانع ادفع له قيمة الثوب أبيض، فإن فعل فلا يمين على واحد منهما، وإن امتنع حلفا واشتركا، وكيفية حلفهما أن يبدأ برب الثوب فيقال احلف له أنك لم تستعمله؛ فإذا حلف قيل للصانع احلف أنه استعملك وإلا ادفع قيمة الثوب أبيض، فإن حلف قيل لربه ادفع قيمة عمله وخذه، فإن أبى قيل للصانع ادفع إليه قيمة ثوبه غير معمول، فإن أبى كانا شريكين هذا بقيمة ثوبه غير معمول وهذا بقيمة عمله. قال في المدونة: لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه. قال جميع ذلك في التوضيح.

تنبيه: قال في المدونة: قال ابن القاسم: وكذلك إن ادعى أن الصانع سرقه منه إلا أنه إن كان الصانع ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب، وإلا لم يعاقب. انتهى.

ص: لا إن تخالفا في لت السويق وأبى من دفع ما قاله اللات فمثل سويق ش: قال أبو الحسن الصغير عن عياض: لت السويق بالتاء باثنتين من فوق هو بله بالسمن ونحوه. انتهى. ويشير المؤلف إلى قوله في كتاب الإجارة من المدونة: ومن لت سويقا بسمن وقال لربه أمرتني أن ألت لك بعشرة دراهم، وقال له لم آمرك أن تلتني قيل لصاحب السويق إن شئت فاغرم له ما قال وخذ السويق ملتوتا، فإن أبى قيل للآت: اغرم له مثل سويقه غير ملتوت، وإلا فأسلمه إليه بثلثاته ولا شيء لك، ولا يكونان شريكين في الطعام لوجود مثله، وقال غيره إذا امتنع رب السويق أن يعطيه ما لته به قضى له على اللات بمثل سويقه غير ملتوت. انتهى. أبو الحسن: مسألة السويق هذه دائرة بين أن يقول ربه أودعتك إياه أو يقول سرق مني، فقوله في الكتاب وقال ربه لم آمرك بثلثه أعم من ذلك، وكذا لفظه في الأمهات، ونقلها عبد الحق بلفظ وقال ربه ما دفعت إليك شيئا. عبد الحق: فهذا مثل قوله في الثوب سرق مني، ثم ذكر قول ابن القاسم وقول الغير، وهل هو وفاق أو خلاف؟ والظاهر أن المؤلف حمله على الخلاف، وترك قول ابن القاسم لترجيح غيره عنده. انظر أبا الحسن وابن يونس والنكت. والله أعلم.

ص: وله وللجمال بيمين إلى قوله فلمكترية بيمين ش: قال في كتاب كراء الرواحل: قال ابن القاسم: وإن قال المكثري دفعت الكراء وأكذبه الجمال وقد بلغ الغاية فالقول قول الجمال إن كانت

نص خليل

وَأِنْ قَالَ بِمِائَةِ لِبَرْقَةٍ وَقَالَ بَلْ لِإِفْرِيقِيَّةٍ حَلَفًا وَفُسِّخَ إِنْ عُدِمَ السَّيْرُ أَوْ قَلَّ وَإِنْ نَقَدَ وَإِلَّا فَكَفَوْتَ الْمُبِيعِ وَلِلْمُكْرِي فِي الْمَسَافَةِ فَقَطُّ إِنْ أَشْبَهَ قَوْلُهُ فَقَطُّ أَوْ أَشْبَهَا وَانْتَقَدَ وَإِنْ لَمْ يَنْتَقِدْ حَلَفَ الْمُكْتَرِي وَلَزِمَ الْجَمَالَ مَا قَالَ إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى فَلَهُ حِصَّةُ الْمَسَافَةِ عَلَى دَعْوَى الْمُكْتَرِي وَفُسِّخَ الْبَاقِي وَإِنْ لَمْ يُشْبِهَا حَلَفًا وَفُسِّخَ بِكَرَاءِ الْمِثْلِ فِيمَا مَشَى وَإِنْ قَالَ أَكْرَيْتُكَ لِلْمَدِينَةِ بِمِائَةٍ وَبَلَّغَهَا وَقَالَ بَلْ لِمَكَّةَ بِأَقْلَ فَإِنْ نَقَدَهُ فَالْقَوْلُ لِلْجَمَالِ فِيمَا يُشْبِهُ وَحَلَفًا وَفُسِّخَ وَإِنْ لَمْ يَنْتَقِدْ فَلِلْجَمَالِ فِي الْمَسَافَةِ وَلِلْمُكْتَرِي فِي حِصَّتِهَا بِمَا ذَكَرَ بَعْدَ يَمِينِهِمَا وَإِنْ أَشْبَهَ قَوْلُ الْمُكْرِي فَقَطُّ فَالْقَوْلُ لَهُ بِيَمِينٍ وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً قُضِيَ بِأَعْدِلِهِمَا وَإِلَّا سَقَطَا.

الحمولة بيده أو بعد أن سلمها بيوم أو يومين وما قرب وعلى المكثري البينة، وكذلك الحاج إن قام الكري بعد بلوغهم ما لم يبعد صدق مع يمينه، فإن تطاول ذلك فالمكثري مصدق مع يمينه إلا أن يقيم الجمال بينة، وكذلك قيام الصانع بحدثان رد المتاع، فإن قبض المتاع ربه وتطاول ذلك فالقول قول رب المتاع وعليه اليمين. انتهى. فقول المؤلف: "وله" أي [وللأجير ويشير⁸⁴⁴] إلى قوله في المدونة: وكذلك قيام الصانع إلى آخره، وقول المؤلف: "إلا لطول فلمكثريه" استثناء من مسألة الأجير والجمال، وإطلاق المكثري على المستأجر وعلى المكري سائغ. والله أعلم. قال أبو الحسن: قوله فإن تطاول ذلك فالمكثري مصدق مع يمينه، إلا أن يقيم الجمال البينة، ظاهره أن الجمال يقيم البينة أن المكثري لم يقبضه وليس الأمر كذلك ابن يونس: يريد على إقرار المكثري أنه لم يدفع إليه شيئاً فيقضي بها. انتهى. ويحتمل أن يكون الضمير في قوله: "له" راجعاً لرب الأرض والدار/ المفهومة من السياق لأنه في فصل أكرية الدور والأرضين، والحكم في المسألة كذلك. قاله في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب أكرية الدور والأرضين وهي مسألة طويلة فراجعها.

متن الخطاب

ص: وإن قال بمائة لبرقة وقال بل لإفريقية حلفاً وفسخ إن [عدم⁸⁴⁵] السير ش: قال في الكبير عن ابن المواز: ويبدأ صاحب الظهر باليمين. انتهى. قال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب السلم: سمعت شيخنا ينقل عن التونسي أن المراد بإفريقية حيثما وقعت في المدونة القيروان. ص: وإن قال أكريتك للمدينة بمائة وبلغها وقال بل لمكة بأقل فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفاً وفسخ وإن لم ينقد للجمال في المسافة [وللمكثري⁸⁴⁶] في حصتها مما ذكر بعد يمينيهما وإن أقاما بينتين قضى بأعدلتهما ش: اعلم أن اختلافهما في المسألة الأولى إنما كان في المسافة فقط، والخلاف بينهما/ في هذه المسألة في المسافة وفي قدر الكراء معاً، وقد اختصر المصنف الكلام فيها تبعا للمدونة، فلم يذكر حكم ما إذا كان اختلافهما قبل الركوب أو بعد الركوب بيسير أو بعد ركوب كثير اعتماداً على ما تقدم في المسألة التي قبلها فإن الحكم فيها إذا تخالفاً قبل الركوب أو بعد الركوب اليسير التحالف والتفاسخ كما تقدم، وأما بعد الركوب الكثير فالحكم في ذلك حكم ما إذا

449

450

الحديث

844 - في المطبوع للأجير يشير وما بين المعقوفين من م155 ويحيى199 وم26.

845 - في المطبوع علم وما بين المعقوفين من م155 ومايأبى92.

846 - في المطبوع وللمكثري وما بين المعقوفين من ن عدود ص 449 ويحيى209 ومايأبى92 وم27.

بلغا المدينة كما سيأتي في كلام الرجراجي. والله أعلم. وقوله: "فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفا [و⁸⁴⁷]فسخ" يعني أنه إذا كان اختلافهما بعد أن بلغا المدينة يريد أو بعد السير الكثير فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل النقد أو بعده، فإن كان بعد أن انتقد الجمال الكراء فالقول قول الجمال فيما يشبه ويشير بذلك لقوله في كتاب كراء الرواحل من المدونة، ونصه: قال ابن القاسم ولو قال الكري أكريتك إلى المدينة بمائتين وقد بلغاها وقال المكتري بل إلى مكة بمائة فإن نقده المائة فالقول قول الجمال فيما يشبه لأنه ائتمنه ويحلف له المكتري في المائة الثانية ويحلف الجمال أنه لم يكره إلى مكة بمائة ويتفاسخان.

متن الخطاب

وقال الرجراجي: فإن أشبه قولهما أو قول الجمال فالقول قوله فيما انتقد مع يمينه، كان ما انتقد كل الذي ادعى أو بعضه ويحلف له المكتري فيما لم ينقده، وهذا الذي قاله الرجراجي خلاف ما قاله أبو الحسن الصغير، وهو ظاهر كلام ابن يونس، فإنه نقل عن ابن يونس أنه قال في كلام المدونة: هذا إذا أشبه ما قاله جميعا، وأما إن أشبه قول [المكري⁸⁴⁸] خاصة فإنه يحلف على دعوى المكتري [ويكون⁸⁴⁹] له [المائتان⁸⁵⁰] قاله فيما يأتي إذا لم ينقد فأحرى إذا انتقد. انتهى. وهو ظاهر ويمكن أن يقال إن قول المصنف بعد هذا: "وإن أشبه قول المكري فقط" عائدا إلى المسألتين جميعا؛ أعني مسألة الانتقاد وعدم الانتقاد، ولم يتكلم المصنف على ما إذا أشبه قول المكتري فقط، وقال الرجراجي القول قوله مع يمينه وتفض المائة على المسافتين، فما ناب المسافة المتفق عليها كان للمكري وما ناب المسافة المختلف فيها رده [الكري⁸⁵¹] على المكتري يريد بعد حلف الجمال على أن الكراء إنما كان للمدينة. والله أعلم.

ثم قال: فإن نكل المكتري عن اليمين كان القول قول المكري ويأخذ ما ادعاه؛ لأن المكتري مكنه بنكوله، وإن لم يشبه قول واحد منهما فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، ويكون للمكري في المسافة المتفق عليها كراء المثل، وقوله: "إن لم ينقد" هذا هو الشق الثاني من شقي المسألة؛ وهو ما إذا كان اختلافهما بعد أن بلغا المدينة يريد أو بعد السير الكثير ولكن لم ينتقد الكراء فقال المصنف: "القول للجمال في المسافة"، وللمكتري في حصتها مما ذكرنا بعد يمينهما، وهذا الحكم إذا أشبه قول المكتري وحده أو أشبه قولهما معا، يبين ذلك قوله: "وإن أشبه قول المكري فقط فالقول له بيمين". قال في المدونة إثر كلامه السابق: وإن لم ينقده صدق الجمال في المسافة، وصدق المكتري في حصتها من الكراء [مما⁸⁵²] يذكر بعد أيمانهما، ويفض الكراء على ما يدعي المكتري، وقال هو وغيره وذلك إذا أشبه ما قالوا أو ما قال المكتري، وأما إن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله، ويحلف على دعوى المكتري. انتهى.

وقال الرجراجي: فإن أشبه قول كل منهما أو انفرد المكتري بالشبه فالقول قوله مع يمينه، ويفض ما

847 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 450 ويحيى 209 ومايأبى 93.
848 - في المطبوع المكترى وما بين المعقوفين من ن ذي ص 450 ويم 27 ويحيى 199 وم 156.
849 - في يحيى 199 وتكون.
850 - في المطبوع المائة وما بين المعقوفين من يحيى 199 ويم 27.
851 - في يم 27 المكري.
852 - في المطبوع الذي ويحيى 209 ومايأبى 93 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 450.

نص خليل
وَإِنْ قَالَ أَكْثَرْتُ عَشْرًا بِخَمْسِينَ وَقَالَ خَمْسًا بِمِائَةٍ حَلَفًا وَفُسِّخَ وَإِنْ زَرَعَ بَعْضًا وَلَمْ يَنْقُذْ فَلِرَبِّهَا مَا أَقْرَبُ
بِهِ الْمُكْتَرِي إِنْ أَشْبَهَ وَحَلَفَ.

متن الخطاب
أقر به من الكراء على المسافتين، فما ناب مسافة المدينة كان للمكري، وما ناب مسافة مكة سقط عن
المكتري، ويكون له الركوب إلى المدينة إن اختلفا قبل بلوغها، وإن أشبه قول المكري فقط فالقول قوله
مع يمينه، ويكون له جميع ما ادعاه، وبقي وجه لم يتكلم عليه المصنف؛ وهو ما إذا لم يشبه قول
واحد منهما، والحكم في ذلك كما قال الرجراجي أن يتحالفا، ويكون للمكري كراء المثل في المسافة
المتفق عليها بالغ ما بلغ، ومن نكل منهما قبل عليه قول صاحبه. والله أعلم.

451 فرع: [إذا⁸⁵³] اختلفا فيمن يبدأ [باليمين⁸⁵⁴] فإنهما يقتصران. / نقله أبو الحسن الصغير. وقوله:
"وإن أقاما بينتين قضي بأعدلتهما وإلا سقطتا" إنما نبه على هذه المسألة وإن كان الحكم في تعارض
البيتين كذلك لينبه على [قول غير⁸⁵⁵] ابن القاسم في المدونة فإنه قال: أقبل بينة كل منهما إذا
كانت عادلة؛ لأن كل واحد منهما ادعى فضلة أقام عليها بينة فأقضي بأبعد المسافتين وبأكثر
التمنين، وليس هذا من التهاثر، وسواء انتقد أو لم ينتقد. والله أعلم.

مسألة: قال في كراء الرواحل: وإن طلب الجمال نقد الكراء قبل الركوب أو بعد السير القريب فامتنع
المكتري حملا على سنة الناس في نقد الكراء أو تأخيرها، وإن لم يكن لهم سنة كان كالسكنى لا يعطيه
إلا بمقدار ما سكن، وإن عجل الكراء من غير شرط فلا رجوع له فيه، فإن أراد أحدهما نقد البلد
الذي بلغا إليه، وطلب الآخر نقد بلد التعاقد قضي بنقد البلد الذي عقدا فيه الكراء. انتهى. انظر
المشذالي في هذا المحل، فإنه ذكر اختلافهما في كراء الدور، وانظر أبا الحسن.

فائدة: قال أبو الحسن: يقال الكري والمكاري والمكري لبائع المنافع، ويقال المكتري والمتكاري
لمشتريها، حيث دخلت التاء فهو مشتري المنافع، وجمع المكري مكرون، وجمع الكري أكرياء،
وجمع المكتري مكثرون. انتهى.

ص: وإن قال اكتريت عشرا بخمسين وقال بل خمسا بمائة حلفا وفسخ ش: يريد إذا كان ذلك
بحضرة الكراء ولم يزرع شيئا يبينه مقابلته له بقوله: "وإن زرع إلى آخره" وهو كقوله في المدونة: فإن
كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا. أبو الحسن: ولا يراعى الأشبه، وظاهره انتقد أم لا، وهذا مذهب
ابن القاسم؛ لأنه لم يجعل النقد فوتا. انتهى.

ص: إن أشبه وحلف ش: أي إن أشبه قوله ويحلف، وهو كقوله في المدونة فلربها فيما مضى ما أقر
به المكتري إن أشبه تغابن الناس. أبو الحسن: ظاهره وإن أشبه مع ذلك قول الآخر فهذان وجهان.
انتهى. الأول إذا أشبه قول المكتري فقط. الثاني إذا أشبهها. قال ابن يونس: قوله فلربها ما أقر به
المكتري لأنه غارم وهو خمسة في كل سنة. انتهى.

853 - في المطبوع وإذا وما بين المعقوفين من يم 27 وم 156 وما يابى 93 وفي يحيى 200 لو اختلفا.

854 - في المطبوع باليمن وما بين المعقوفين من م 156 ويم 27 ويحيى 200 وما يابى 93.

855 - في المطبوع غير قول وما بين المعقوفين من م 156 ويحيى 200 وما يابى 94.

نص خليل وإلا فقول ربها إن أشبه فإن لم يشبهها حلفاً ووجب كراء المثل فيما مضى وفسخ الباقي مطلقاً وإن تُقد فتردد. باب صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلاً علماً يستحقه السامع بالتام.

متن الخطاب ص: وإلا فقول ربها إن أشبه ش: يريد مع يمينه. قال في المدونة: وإن لم يشبه أي قول المكثري قبل قول ربها مع يمينه. أبو الحسن: قوله وإن لم يشبه يريد أو نكل فالقول قول ربها، وهذا وجه ثالث. انتهى. والرابع إذا أتيا معا بما لا يشبه. والله أعلم. ص: وفسخ الباقي مطلقاً ش: هو كقوله في المدونة: وفسخ باقي المدة على كل حال. أبو الحسن: يعني في الوجوه الأربعة.

ص: وإن نقد فتردد ش: أجمل رحمه الله في ذكر هذا التردد ولم يبين ذلك شراحه، وإنما يتبين ذلك بذكر كلام المدونة وشراحها. قال فيها في كراء الدور بعد أن ذكر الأوجه الأربعة المتقدمة: وهذا إذا لم ينقد. قال أبو الحسن: مفهومه لو نقد لكان القول قول ربها ولا يفسخ بقية الخمس سنين، فيكون كقول الغير ومخالفاً لقوله، وفسخ باقي المدة على كل حال، فقليل معنى قوله: "وهذا إذا لم ينقد" أي هذا الذي سمعت من مالك، ولم أسمع منه إذا انتقد والحكم عنده سواء فيهما، لكن يعترض هذا بقوله: ومن قول مالك أن رب الأرض والدابة والدار مصدق في الغاية فيما يشبه وإن لم ينتقد؛ إذ هذا الكلام يظهر منه أنه مصدق إذا انتقد؛ إذ هو من باب أولى، وهذا يعطي سماعه للوجهين، وقيل إنه يعود على أول المسألة، وهذا إذا زرع سنة أو سنتين إلا أن فيه تكراراً. انتهى.

ونص قول الغير فيها: قال غيره: إذا انتقد فالقول قول ربها مع يمينه فيما يشبه من المدة، فإن لم يأت بما يشبه وأتى المكثري بما يشبه صدق فيما سكن على ما أقر به، ويرجع ببقية المال على ربها بعد يمينه على ما ادعى عليه ويمين المكري فيما ادعى عليه/ من طول المدة، وإن لم يشبه واحد منهما تحالفاً وفسخ الكراء، وعلى المكثري قيمة كراء ما سكن، وإن أتيا بما يشبه صدق رب الأرض لأنه انتقد مع يمينه. انتهى. فجعله إذا أتى رب الأرض بما يشبه لا يفسخ، وكذا إذا أتيا معا بما يشبه فيكون في هذين الوجهين مخالفاً لما تقدم فيما إذا لم ينتقد، فمن الشيوخ من حمل قول ابن القاسم، وهذا إذا لم ينتقد على معنى أنه إن انتقد فلا يفسخ، يريد في هذين الوجهين، ويكون قول ابن القاسم موافقاً لقول متن الخطاب الغير، ومنهم من يرى أن مذهب ابن القاسم أنه يفسخ مطلقاً، ويكون قول الغير خلافاً، وهو تأويل ابن يونس فإنه قال: هذا الذي ذكر الغير غير موافق لقول ابن القاسم إلا قوله إذا أشبه قول ربها أو أشبه ما قالوا إن المكثري يلزمه أن [يسكن ما⁸⁵⁵] أقر به [المكثري⁸⁵⁶] فهذا يخالف فيه ابن القاسم ويرى أنهما يتحالفاً ويتفاسخان في بقية المدة لأنها كسلعة قائمة لم تقبض. والله أعلم.

ص: باب صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلاً علماً ش: قال ابن عرفة: [الجعل عقد⁸⁵⁷] معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشيء عن محله به لا يجب إلا بتمامه لا بعضه ببعض فيخرج

452

الحديث

855 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويحيى 210 ومايaby 95 ويم 28.

856 - في المطبوع المكثري وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويحيى 210 ومايaby 95 ويم 28.

857 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويحيى 210 ومايaby 95 ويم 28.

نص خليل

كَكْرَاءِ السُّفْنِ إِلَّا أَنْ يَسْتَأْجَرَ عَلَى التَّمَامِ فَبِنَسْبَةِ الثَّانِي وَإِنْ اسْتُحِقَّ وَلَوْ بِحُرِّيَّةٍ.

متن الخطاب

كراء السفن والمساقاة والقراض، وقولنا: "به" خوف نقض عكسه بقوله إن أتيتني بعبدى الآبق فلك عمله كذا أو خدمته شهرا لأنه جعل فاسد لجهل عوضه [والمعرف⁸⁵⁸] حقيقته المعروضة للصحة والفساد [وأوجز⁸⁵⁹] منه معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعض. فتخرج المساقاة والإجازات لاستحقاق بعضه ببعضه فيهما، والقراض لعدم وجوب عوضه لجواز تجره ولا ربح، وقول ابن رشد: "هو جعل الرجل جعلاً على عمل رجل لو لم يكمله لم يكن له شيء". ينتقض بالقراض. انتهى. والضمير في قوله به يعود للعمل أي بعوض غير ناشيء عن محل العمل بسبب ذلك العمل فتخرج المغارسة والقراض [وتدخل الصورة التي ذكرها؛ لأنها وإن كانت⁸⁶⁰] بعوض ناشيء عن محل العمل لكن ليس ذلك العوض ناشئاً بسبب العمل فتأمل. وقال في التوضيح: الأصل في الجعالة قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ وحديث الرقية¹. انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكر الحديث: قلت: تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجعل، وفيه نظر لجواز كون/ إقراره صلى الله عليه وسلم على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية [وهو⁸⁶¹] رخصة اتفاقاً. انتهى. وقد بحث ابن ناجي مع ابن عرفة في رد الاستدلال المذكور، والصواب مع ابن ناجي. فتأمل. والله أعلم.

453

ص: ككراء السفن ش: تصوره واضح.
 فرع: قال في [أول⁸⁶²] رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل: قال مالك في النفر [يتكادون⁸⁶³]
 السفينة فيحملون فيها طعاماً لهم، فإذا بلغوا قال أول من يمر بمنزله منهم أنا آخذ طعامي فأخذ طعامه، ثم إن السفينة غرقت؟ قال: ليس عليه تبعة لأصحابه، أذنوا في ذلك أم لم يأذنوا، وليس عليه أن يبلغ معهم

الحديث

1- عن أبي سعيد الخدري قال كنا في مسير لنا فنزلنا فجاءت جارية فقالت إن سيد الحي سليم وإن نفرنا غيب فهل منكم راق فقام معها رجل ما كنا نأبئه برقية فرقاه فبرأ فأمر له بثلاثين شاة وسقانا لبناً فلما رجع قلنا له أكننت تحسن رقية أو كنت ترقى قال ما رقيت إلا بأمر الكتاب قلنا لا تحدثوا شيئاً حتى نأتي أو نسال النبي صلى الله عليه وسلم فلما قدمنا المدينة ذكرناه للنبي صلى الله عليه وسلم فقال وما كان يدريه أنها رقية أقسموا واضربوا لي بسهم، البخاري في صحيحه، كتاب فضائل القرآن، دار الفكر 1981، ج 6 ص 103.

858 - في المطبوع والمعروف ويحيى 210 وما يابى 95 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويم 28.

859 - في المطبوع أوجزء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 وما يابى 95 ويم 28.

860 - في المطبوع لأنه وما يابى 95 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويم 28.

861 - ساقطة من المطبوع والمخطوطة وقد وردت في ابن عرفة في أول الجعل ج 3 ص 306.

862 - في المطبوع أوائل وما بين المعقوفين من يم 28 وما يابى 95 ويحيى 201 وم 157.

863 - في المطبوع يتكادون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 453 وما يابى 95.

متن الخطاب يكتالوا فينقص الكيل فيكون عليه بقدر طعامه. ابن رشد: المعني في هذه المسألة أنهم اكتروا السفينة على أن يحمل فيها الطعام إلى منازلهم فوجب [كلما⁸⁶⁴] مر أحد منهم بمنزله أن يأخذ طعامه لأنه على ذلك حملة، فإن نقص الطعام بعد ذلك كان عليه من النقصان بحسب طعامه يرجع به عليه لأنه حملة معهم على سبيل الشركة، وكذا لو وجد أسفل القمح قد اسود لموج ركه، إلا أن يعلم أن فسادا إنما كان بعد أخذ طعامه فلا يكون عليه في ذلك تبعة، كما لو غرق المركب بعد أخذه طعامه فذهب بما فيه، وأما لو حملوا الطعام في سفينة إلى بلد واحد لتجارة أو لغير تجارة فخلطوه أو اختلط لم يكن لأحد منهم أن يأخذ طعامه بالطريق إلا أن يرضي أصحابه، مخافة أن يكون أسفل طعامه فاسدا أو يفسد بعد ذلك أو ينقص في الكيل، فإن أخذ طعامه من الطريق برضا أصحابه لم يكن لهم عليه تباعة إن ألفوه فاسدا أو نقص كيله على ما قاله في رسم الأقضية الثاني [من⁸⁶⁵] [سماع⁸⁶⁶] أشهب من كتاب الشركة، وما يأتي له بعد هذا في رسم حلف، وفي رسم أخذ يشرب خمرا، ومن الناس من ذهب إلى أن رواية أشهب معارضة لهذه الرواية، والصحيح أن لا تعارض بينهما ولا اختلاف على ما بيناه. انتهى. وقال في رسم حلف من سماع ابن القاسم من الكتاب المذكور: وسئل عن رجل حمل طعاما من الريف في سفينة فمر بأخ له في قرية أخرى فقال أفي سفينتك فضل تحمل لي مائة إردب؟ قال نعم. وقد كان الأول حمل فيها خمسمائة إردب فألقى طعامه من فوق طعام صاحبه فانخرق المركب فدخل الماء في أسفله فأصاب منه نحو خمسين إردبا وهو يعلم أنه لم يصل إلى طعام الرجل الذي كان حملة فوق طعامه الأول قال أراهما في ذلك شريكين. قلت: إنه لم يصل إلى الأول. قال: قد حملاه على وجه الشركة [وخلطاه.⁸⁶⁷] ابن رشد: مضى القول في/ معنى هذه المسألة، وقال في رسم أخذ يشرب خمرا من السماع المذكور: قال مالك في الطعام الذي في السفينة الذي فسد بعضه ولم يفسد بعضه: إن كان كل واحد طعامه محجوز على حدته قد حازه بشيء جعله حاجزا فيما بين القمح فأرى أن من سلم منهم فله ما سلم ومن أصيب منه بما أصابه، أو اسود لموج ركه فمصيبته من صاحبه، وإن كانت تلك التي حجزوها قد انخرق بعضها إلى بعض حتى اختلط الطعام كانوا شركاء جميعا فيما فسد لهم وضاع، يأخذ كل واحد منهم بحصة طعامه. ابن رشد: قوله إن الطعام إذا انخرق ما حجز به بين طعام كل واحد

454

864 * - في المطبوع ويحيى 201 كل ما وما بين المعقوفين من مايايى 95 ويم 28.

865 * - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايايى 95.

866 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ذي ص 453.

867 * - في المطبوع وخلط وما بين المعقوفين من يحيى 201 وفي يم 28 وخلطا.

نص خليل
بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِلاَ تَقْدِيرِ زَمَنِ إِلَّا بِشَرْطِ تَرْكِ مَتَى شَاءَ وَلَا نَقْدَ مُشْتَرِطٍ فِي كُلِّ مَا جَازَ فِيهِ الْإِجَارَةُ بِلاَ عَكْسٍ وَلَوْ فِي الْكَثِيرِ إِلَّا كَبَيْعِ سِلْعٍ كَثِيرَةٍ لَا يَأْخُذُ شَيْئًا إِلَّا بِالْجَمِيعِ وَفِي شَرْطِ مَنْفَعَةِ الْجَاعِلِ قَوْلَانِ وَلِمَنْ لَمْ يَسْمَعْ جُعْلُ مِثْلِهِ إِنْ اعْتَادَهُ كَحَلْفِهِمَا بَعْدَ تَخَالُفِهِمَا وَلِرَبِّهِ تَرْكُهُ وَإِلَّا فَالْثَّقَّةُ وَإِنْ أَقْلَتْ فَجَاءَ بِهِ آخَرُ فَلِكُلِّ نَسْبَتُهُ وَإِنْ جَاءَ بِهِ ذُو دِرْهَمٍ وَذُو أَقْلٍ اشْتَرَكَا فِيهِ وَلِكِلَيْهِمَا الْفَسْخُ وَلَزِمَتْ الْجَاعِلَ بِالشُّرُوعِ وَفِي الْفَاسِدِ جُعْلُ الْمِثْلِ إِلَّا بِجُعْلٍ مُطْلَقًا فَأَجْرَتُهُ.

متن الخطاب
فاختلط أنه يحكم بينهم فيما فسد منه بحكم الشركة فهو صحيح؛ إذ لا فرق بين أن يحملوه على الشركة أو يختلط بغير اختيارهم فيما يجب من أن يكونوا شركاء فيه بحسب ما لكل واحد منهم. انتهى.
وفي رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من الشركة: وسئل عن القوم يحملون الطعام من القمح في السفينة الواحدة يختلط بعضه ببعض ثم يريد بعضهم البيع بالطريق فقال: لا أرى له ذلك إلا أن يَرْضَى أصحابه بأن يعطوه؛ لأنني أخاف أن يكون أسفل الطعام فاسداً، أو يمتطروا بعد ذلك فيفسد القمح فلا أرى لواحد منهم أن يأخذ حتى يبلغوا جدة فيقتسمونه الفاسد والجيد إلا أن يرضي أصحابه أن يسلموا له حقه فأرى ذلك، ولا أرى [لهم عليه⁸⁶⁸] تباعة إذا نزلوا فوجدوا القمح فاسداً.
قلت: المعنى في هذه المسألة أنهم حملوا الطعام في السفينة على أن يمروا لبلد واحد لتجارة أو لغير تجارة فلذلك لم ير لواحد منهم أن يأخذ طعامه إذا كان قد اختلط بمنزلة أن لو كانوا خلطوه وحملوه على الشركة لأن اختلاطه يوجب اشتراكهم فيه، وذلك بخلاف ما لو حملوه على أن يمروا به على منازلهم [فاختلط، أو كانوا هم قد خلطوه وحملوه على ذلك فإنهم إذا حملوه على أن يمروا به إلى منازلهم⁸⁶⁹] كان من حق من يمر منهم بمنزله أولاً أن يأخذ طعامه فيه، ولا يكون لأصحابه عليه تبعة إلا أن ينقص الطعام، أو يكون قد أصابته آفة على ما قاله في أول رسم من سماع ابن القاسم من كراء

⁸⁶⁸ - في المطبوع له عليهم وما بين المعقوفين من البيان، ج 12 ص 22.

⁸⁶⁹ * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ذي ص 454.

متن الخطاب الرواحل حسبما بيناه في ذلك فليس هذا بمخالف لها، ومن الناس من حملها على الخلاف، وليس ذلك عندي بصحيح. والله أعلم. انتهى. وتقدم في باب القسمة عند قول المصنف: "لا شهادته" عن البرزلي أن السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون أنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبهه وقال في رسم حلف أن لا يبيع سلعة من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات وسئل عن الرجل يبعث معه قوم ببضائع لهم في قمح فيجمع ذهبهم فيشتري لهم دفعة واحدة ثم يصاب ذلك الطعام قال لا يشبه هذا الذي ذكرت من الدقيق، وليس بهذا بأس، ولا ضمان عليه.

قلت: هذا كما قال ومثله لابن القاسم من كتاب ابن المواز قال: وكذلك كل ما ينقسم بكيل أو وزن يشتريه لهم مشاعا ثم يقسمه وأما ما لا يقسم إلا بالقيمة فهذا يضمن، قال محمد: بخلاف العامل في القراض يخلط أموال المقارضين فيما يقسم بالقيمة لأنه إليه البيع، وليس ذلك للأول. انتهى.

ص: بخلاف موته ش:

فرع: ولو أعتقه سيده فقال في النوار في كتاب الجعل والإجارة. قال عبد الملك: ومن جعل في آبق جعلاً ثم أعتقه فلا شيء لمن وجده بعد ذلك وإن لم يعلم بالعتق، ولو أعتقه بعد أن وجده كان له جعله فإن كان عديماً فذلك في رقبة العبد لأنه بالقبض وجب له الجعل. قال أحمد: إن كان العتق بعد القدوم فكما قال، وإن أعتقه بعد علمه أنه وجده لزمه جعله، وإن لم يجد عنده لم يصح عتق العبد حتى يقبض هذا جعله مبدأ على الغرماء. أحمد: كالمرتتهن. انتهى.

ص: في كل ما جاز فيه الإجارة ش: / قال في الذخيرة: الركن الثالث: العمل، وفي الجواهر: هو كل عمل يجوز الاستئجار عليه، لكن لا يشترط كونه معلوماً تحصيلاً لمصلحة العقد، احترازاً ممن وجد آبقاً أو ضالاً بغير عمل فلا جعل له ومن عرف مكانه فدل عليه لأن ذلك واجب عليه. انتهى. وقال قبله في مسألة طلب الآبق: فإن طلب من يعلم موضعه فلا شيء له؛ لأن ذلك واجب عليه. انتهى. قال في الكتاب في شروط المعقود عليه: الأول: أن يكون مما لا يلزم المجمعول له عمله، فإن كان مما يلزمه لم يجر له أخذ الجعل عليه مثل أن يجد آبقاً من غير عمل لأن رده واجب عليه. انتهى. وقال ابن سلمون: ومن رد آبقاً أو ضالاً من غير عمل؛ فلا جعل له على رده ولا على دلالة لوجوب ذلك عليه. انتهى. وقال في النوار في كتاب الجعل والإجارة: وإنما يجوز الجعل على طلب عبد يجهل مكانه، فأما من وجد آبقاً أو ضالاً أو ثياباً فلا يجوز له أخذ الجعل على رده ولا على أن يدلّه على مكانه، بل ذلك واجب عليه،

نص خليل

متن الخطاب

فأما من وجد ذلك بعد أن جعل ربه فيه جعلاً فله الجعل، علم بما جعل فيه أو لم يعلم، تكلف طلب هذه الأشياء أم لم يتكلف، وإن وجده قبل أن يجعل ربه فيه شيئاً فانظر؛ فإن كان ممن يطلب الأباق وقد عرف بذلك فله جعل مثله، وإن لم يكن ممن نصب لذلك نفسه فليس له إلا نفقته، وكذلك لو جاء به بدأ ولم يبذل ربه فيه جعلاً، وكذلك قال ابن الماجشون وأصبغ، وكله قول مالك، وقال ابن الماجشون في كتابه: إذا كان ليس من شأنه طلب الأباق فلا جعل له ولا نفقة قولا مجملا. انتهى.

مسألة: إذا كان الآبق في موضع بعيد ونفقته تستغرق الجعل الذي جعل عليه فليرفع المجمعول له الأمر للقاضي ليبيعه ويحكم بجعله، فإن جاء به فليس له غير الجعل الذي جعل له. انتهى من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة.

الحديث

نص خليل

باب مَوَاتُ الْأَرْضِ مَا سَلِمَ عَنِ الْإِخْتِصَاصِ بِعِمَارَةٍ وَلَوْ أَنْدَرَسَتْ إِلَّا لِإِحْيَاءٍ وَيَحْرِيْمُهَا كَمْحْتَطَبٍ وَمَرْعَى يُلْحَقُ غَدَوًا وَرَوَاحًا لِبَلَدٍ وَمَا لَا يُضَيِّقُ عَلَى وَارِدٍ وَلَا يَضُرُّ بِمَاءٍ لَيْثُرٍ وَمَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِنَخْلَةٍ وَمَطْرَحُ تَرَابٍ وَمَصَبٌ مِيزَابٍ لِدَارٍ وَلَا تَخْتَصُّ مَحْفُوفَةٌ بِأَمْلَاكٍ وَلِكُلِّ الْإِنْتِفَاعِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْآخِرِ وَيَاقُطَعِ الْإِمَامُ وَلَا يَقْطَعُ مَعْمُورَ الْعُنُوتَةِ مَلَكًا.

ص: باب موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو أندرسست ش: هذا باب إحياء الموات، والموات بفتح الميم، ويقال موتان بفتح الميم والواو الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها إلا أن يجري إليها ماء أو تستنبط فيها عين أو يحفر فيها بئر، ويقال لها ميتة، والموات بضم الميم، ويقال الموتان بضم الميم أيضا الموت الذريع، وبدأ المؤلف رحمه الله بتعريف الموات إما لأنه السابق في الوجود فلتقدمه طبعا قدمه وضعا، وإما لأن حقيقة الموات متحدة، والإحياء يكون بأمور كل منها مضاد للموات فاحتاج إلى ذكره أولا ليذكر أضداده، والتعريف المذكور تبع المصنف فيه ابن الحاجب، وهو تبع ابن شاس، وهو تبع الغزالي، وهو قريب مما [قاله⁸⁷¹] أهل اللغة في معناه، وقال ابن عرفة: إحياء الموات لقب لتعمير دائر الأرض بما يقتضي عدم انصراف العمر عن انتفاعه بها، وموات الأرض قال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى ابن القاسم من كتاب السداد والأنهار: روى ابن غانم موات الأرض هي التي لا نبات بها؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾ فلا يصح الإحياء إلا في البوار، ثم قال بعد ذكره كلام ابن الحاجب: فتبع مع ابن شاس الغزالي، وترك رواية ابن غانم وهي أجلى لعدم توقف تصور مدلولها على الاختصاص وموجبه. انتهى.

وقال في اللباب: حقيقة الإحياء العمارة، والموات ما لم يعمر من الأفنية، وحكمه الجواز، وهي سبب في الملك،/ وحكمة مشروعيتها الفرق والحث على العمارة. انتهى.

ص: إلا لإحياء ش: قال في التوضيح عن ابن رشد: وإنما يكون الثاني أحق إذا طالعت المدة بعد عوده إلى حالته الأولى، وأما إن أحياء الثاني بحدثان عوده إلى الحالة الأولى فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة، وإن كان عن معرفة [به⁸⁷²] فليس له إلا قيمة عمارته منقوضة بعد يمين الأول أن تركه إياه لم يكن إسلاما له، وأنه على نية إعادته. انتهى.

[قلت: ⁸⁷³] وينبغي أن يقيد بأن لا يكون الأول علم بعمارة الثاني وسكت عنه، وإلا كان سكوته دليلا على تسليمه إياه فتأمل. والله أعلم.

ص: وما لا يضيق على وارد ولا يضر بماء بئر ش: قال الشارح: وقال ابن نافع حريم البئر العادية خمسون، والتي ابتدئ عملها خمسة وعشرون. انتهى. والعادية بالتشديد. قال في النهاية لابن الأثير: شجرة عادية أي قديمة؛ كأنها تنسب إلى عاد وهم قوم هود عليه السلام، وكل قديم ينسبونه إلى عاد وإن لم يدركهم. انتهى. ففهم من كلامه أن العادية بتشديد الياء، وفي الصحاح: وشيء عادي أي قديم كأنه منسوب إلى عاد.

ص: ولا يقطع معمور العنوة ش: قال في كتاب التجارة لأرض الحرب من التنبيهات: وأرض العنوة بفتح العين التي غلب عليها قهرا. انتهى.

الحديث

871 - في المطبوع 1328هـ طباعة دار السعادة قال وما بين المعقوفين من ن يم 1 وم 1.

872 - ساقط من المطبوع ويحيى وما بين المعقوفين من ن ذي ص 3 م 1 ويم 1 ومايأبى 1.

873 - في المطبوع انتهى تنبيهه وما بين المعقوفين ن ذي ص 3 م 1 يم 1 يحيى 1 ومايأبى 2.

وَيَحْمِي إِمَامٌ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ قَلٌّ مِنْ بَلَدٍ عَفَا لِكَغَزْوٍ.

ص: ويحمي إمام محتاجا إليه قل من بلد عفا لكغزو ش: يعني أن الوجه الرابع من أوجه الاختصاص التي تمنع إحياء الموات الحمى يحمي للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الأغنياء، وكذلك يجوز للإمام أن يحمي/، والحمى بكسر الحاء المهملة وفتح الميم، والقصر هو المكان الذي يمنع رعيه ليتوفر فيه الكلأ فترعاه مواش مخصوصة ويمنع غيرها من رعيه، والكلأ بالهمز من غير مد هو المرعى رطبا كان أو يابسا، والخلا بالقصر من غير همز النبات الرطب. قال في المشارق: وضبطه السمرقندي والعذري [مرة⁸⁷⁴] بالمد وهو خطأ، وقال الحافظ ابن حجر: ومن مده فقد أخطأ والحشيش هو العشب اليابس، وظاهر كلام صاحب القاموس أن الحمى يجوز فيه المد، ولم يحك في المشارق فيه إلا القصر، وسيأتي لفظه، فالحمى بمعنى المحمي فهو مصدر بمعنى المفعول، وهو خلاف المباح وتثنيته حميان، وحكى الكسائي أنه سمع في تثنيته حموان بالواو، والصواب الأول لأنه يائي، وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان إذا نزل منزلا مخصبا استعوى كلبا على مكان عال فحيث. انتهى. صوته حماء من كل جانب، فلا يرعى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه، وأما الحمى الشرعي فهو أن يحمي الإمام موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة إلى ذلك؛ إما للخليل التي يحمل عليها الناس للغزو، أو لماشية الصدقة. قاله الباجي، ونقله عنه ابن عرفة، وهو قريب من كلام المصنف الذي ذكره هنا، فإنه ذكر للحمى شروطا أربعة: الأول أن يكون الحامي هو الإمام؛ يريد أو نائبه كما سيأتي التنبيه على ذلك، وإليه أشار بقوله: "حمى إمام" فليس لآحاد الناس أن [يحمي⁸⁷⁵]. والشرط الثاني أن يكون ذلك الحمى محتاجا إليه أي لمصلحة المسلمين، إما لخليل المجاهدين والإبل التي يحمل عليها للغزو أو لماشية الصدقة. قال الشافعية: ويجوز للإمام أن يحمي للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الأغنياء، وكذلك يجوز للإمام أن يحمي للمسلمين، ويمنع منه أهل الذمة، ولا يجوز العكس في المسألتين.

قلت: والظاهر أن هذا جار على مذهبنا كما يؤخذ من حديث الموطأ الآتي، وقوله {أدخل رب الصريمة والغنيمة¹}، وإلى هذا أشار بقوله: "محتاجا إليه لكغزو" فقوله: "لكغزو" متعلق بقوله: "محتاجا إليه" فهو من تنمة الشرط الثاني، وأتي بالكاف في قوله لكغزو ليدخل ماشية الصدقة، وما ذكرناه بعد هذا فلا يجوز للإمام أن يحمي لنفسه؛ لأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم؛ أعني أن يحمي لنفسه كما تقدم في الخصائص، قالوا ولم يقع ذلك منه صلى الله عليه وسلم. قال الشيخ زكريا: ولو وقع لكان في ذلك مصلحة للمسلمين؛ لأن ما كان مصلحة له صلى الله عليه وسلم فهو مصلحة لهم، وهو كلام صحيح. الشرط الثالث أن يكون ذلك قليلا لا يضيق على الناس، بل يكون فاضلا عن منافع أهل ذلك الموضع، وإليه أشار بقوله: "قل"، وصرح بذلك ابن الحاجب على ما في نسخة المصنف في التوضيح ويؤخذ من كلام سحنون الآتي فلا يجوز أن يكون الحمى كثيرا يضر بالناس ويضيق عليهم. الشرط الرابع أن يكون في المواضع التي لا عمارة فيها بغرس ولا بناء، وإلى ذلك أشار بقوله:

1- حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هني اضمم جناحك عن المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنيهما إن تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيته يأتني ببنيه فيقول يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا - لا أبا لك - فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أنني قد ظلمتهم إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا. الموطأ، كتاب دعوة المظلوم، رقم الحديث 1890، ط. دار الفكر.

متن الخطاب

"من بلد عفا" أي ليس لأحد فيه أثر بناء ولا غرس، والمراد بالبلد الأرض وأعاد الضمير عليها مذكرا اعتبارا بلفظ البلد فلا يجوز أن يكون الحمى في المواضع المعمورة بالبناء والغرس، وأشار المصنف رحمه الله بما ذكره في هذين الشرطين إلى ما قاله سحنون، ونقله عنه في النوادر وغيرها. قال في التوضيح: قال سحنون الأحمية إنما تكون في بلاد الأعراب العفاء التي لا عمارة فيها بغرس ولا بناء وإنما تكون الأحمية فيها في الأطراف حتى لا تضيق على ساكن، وكذلك الأودية العفاء التي لا مساكن بها إلا ما فضل عن منافع أهلها من المسارح والمراعي. انتهى. وجعل الشارح قول المصنف: "قل من بلد عفا" شرطا واحدا، وجعل قوله لكفره شرطا مستقلا، وهو نحو كلام المصنف في التوضيح، والظاهر ما ذكرناه، نعم يمكن أن يكون الشرط الثالث والرابع شرطا واحدا كما قال الشارح فتكون الشروط ثلاثة.

تنبيهات: الأول: الأصل في الحمى ما رواه البخاري في صحيحه في كتاب الشرب بكسر الشين المعجمة، والمراد بالشرب الحكم في قسمة الماء، وضبطه الأصيلي بالضم. قال الحافظ ابن حجر: والأول أوله [877] قال البخاري: حدثنا يحيى بن بكير. قال حدثنا الليث عن يونس عن ابن شهاب عن [عبيد الله] بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة رضي الله عنه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لا حمى إلا لله ولرسوله} [1] قال: وبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع، وأن عمر حمى الشرف والربذة، وأخرج منه أيضا في كتاب الجهاد في باب أهل الدار يبيتون، الموصول منه عن الصعب بن جثامة أيضا أعني قوله: {لا حمى إلا لله ولرسوله} [2] وقوله وبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع هكذا وقع لجميع رواة البخاري غير أبي ذر فإنه وقع عنده.

قال أبو عبد الله: بلغنا، فاغتر بذلك بعض الشراح فظن أنه من كلام البخاري وأنه من تعليقاته وليس كذلك، وإنما القائل بلغنا هو ابن شهاب فهو موصول بالإسناد المذكور إليه، لكنه مرسل من مراسيل ابن شهاب، وهكذا وقع في رواية لأبي داود فقال عن الصعب بن جثامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم [قال 878]: {لا حمى إلا لله ولرسوله} قال ابن شهاب: وبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع [3]، ثم ذكر أبو داود رواية أخرى بعدها عن الصعب بن جثامة أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع، وقال: {لا حمى إلا لله [4]} ولم يقل ولرسوله، وذكر الروایتين في آخر كتاب الجراح من سننه، واقتصر الحافظ ابن حجر في فتح الباري على ذكر الرواية الأولى من روايتي أبي داود ولم يذكر الثانية، وذكرها في تخريجه لأحاديث الرافعي، وعزاها للإمام أحمد وأبي داود والحاكم، وقال إنها مدرجة؛ يعني "حمى النقيع"، وذكر أن البخاري وهما من أدرجها، وقال أيضا في تخريجه لأحاديث الرافعي: أغرب عبد الحق في الجمع فجعل قوله: "وبلغنا" من تعليقات البخاري، وتبعه على ذلك ابن الرفعة قال: ويكفي في الرد عليهما

الحديث

1 - عن ابن عباس رضي الله عنه أن الصعب بن جثامة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى إلا لله ولرسوله وقال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربذة، البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 2370، ط. دار الفجر.

2 - البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، رقم الحديث 3012، ط. دار الفجر.

3 - أبو داود في سننه، كتاب الخراج والامارة، بهذا اللفظ، رقم الحديث 3083.

4 - أبو داود في سننه، كتاب الخراج والامارة، بهذا اللفظ وزاد (عز وجل)، رقم الحديث 3084.

876 - في المطبوع المرعي وما بين المعقوفين من 2 ما يابى 3 وسيد 2 و1 ويحيى 2.

877 - في المطبوع ويحيى 2 ويم 2 عبد الله وما بين المعقوفين من سيد 2 و1 وما يابى 3.

878 - في المطبوع حمى وقال وما بين المعقوفين من ما يابى 3 ويم 2 ويحيى 2 وأبي داود في سننه، ج 3 ص 180.

متن الخطاب أن أبا داود صرح بأنه من مراسيل الزهري؛ يعني في الرواية الأولى، ثم ذكر أن الإمام أحمد وابن حبان أخرجا من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لخیل المسلمين¹ والصعب ضد السهل وعلى وزنه، وجثامة بجيم مفتوحة وثناء مثلثة مشددة. ذكره النووي في أول كتاب الحج من شرح مسلم.

الثاني: اقتصر عبد الحق في الأحكام على عزو الحديث لأبي داود، واقتصر على الرواية الثانية من روايته [وزاد⁸⁷⁹] فيها لفظ: "ولرسوله" فقال: روى أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال: {لا حمى إلا لله ولرسوله²} وقال علي بن عبد العزيز في المنتخب: حمى النقيع لخیل المسلمين ترعى فيه ثم ذكر حديثين آخرين. ثم قال: وأصح هذه الأحاديث حديث الصعب بن جثامة وهو الذي يعول عليه. انتهى. [وتبعه⁸⁸⁰] على ذلك ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وابن عرفة، وقد علمت أن الحديث في صحيح البخاري، وأخرج النسائي في سننه في كتاب الحمى وفي كتاب السير من حديث مالك عن ابن شهاب الموصول منه أعني قوله: {لا حمى إلا لله ولرسوله³} وعزا جماعة من الشافعية حديث أنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لابن حبان، وقد علمت أنه في صحيح البخاري، فعزوه له أولى وإن كان مرسلًا؛ لأن مراسيل البخاري كلها صحيحة، ولا سيما وقد اعتضد بحديث ابن عمر المذكور. والله أعلم.

الثالث: وقع للحاكم أن البخاري ومسلما اتفقا على إخراج حديث {لا حمى إلا لله ولرسوله⁴} وتبعه على ذلك أبو الفتح القشيري في الإمام وابن الرفعة في المطلب. قال الحافظ ابن حجر في تخريجه لأحاديث الرافعي: وقد وهم الحاكم في ذلك، فإن الحديث من أفراد البخاري. الرابع: اقتصر ابن الأثير في جامع الأصول على عزو الحديث للبخاري وأبي داود ولم يذكر النسائي، وقد علمت أنه رواه في موضعين من سننه.

الخامس: قال في النهاية في معنى الحديث؛ أعني قوله صلى الله عليه وسلم: {لا حمى إلا لله ولرسوله⁵} إنه صلى الله عليه وسلم نهى عما كانت تفعله الجاهلية وأضاف الحمى لله ولرسوله؛ أي إلا ما يحمى للخیل التي ترصد للجهد والإبل التي يحمل عليها في سبيل الله. انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح ابن الحاجب لما ذكر الحديث: تأوله الجمهور على معنى أنه لا ينبغي أن يحمى إلا كما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم لخیل المجاهدين وشبه ذلك؛ مثل ما فعله الخلفاء بعده حموا

- الحديث 1 - ابن حبان في صحيحه، باب الحمى، رقم الحديث 4664، والذي في مطبوعة دار الكتب العلمية البقيع بالباء لا بالنون.
2 - أبو داود في سننه، كتاب الخراج والامارة، بهذا اللفظ، رقم الحديث 3083.
3 - النسائي في السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، رقم الحديث 5743، ط. دار الرشد.
4 - البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، رقم الحديث 3012، ط. دار الفجر.
5 - البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، رقم الحديث 3012، ط. دار الفجر.

879 - في المطبوع وزاد وما بين المعقوفين من الزائد ويحيى 348 يم 30 وم 2.

880 - في المطبوع تبعه وما بين المعقوفين من يحيى 2 وما يابى 3 ويم 3 وم 2 وسيد 2.

متن الخطاب

لإبل الغزاة. انتهى. وقال الجلال السيوطي في حاشية البخاري: قوله: {لا حمى إلا لله ولرسوله¹} قال الشافعي: يحتمل معنيين أحدهما لا حمى إلا ما حماه صلى الله عليه وسلم، والثاني لا حمى إلا مثل ما حماه، فعلى الأول ليس لأحد من الولاة أن يحمي بعده، وعلى الثاني يختص بمن قام مقامه فهو الخليفة دون سائر نوابه. انتهى. ومقتضى كلامه أنه يتفق على أنه ليس لنواب الإمام أن يحموا، وقال في فتح الباري: والأرجح عند الشافعية أن الحمى يختص بالخليفة، ومنهم من ألحق به ولاية الأقاليم، ومحل الجواز أن لا يضر بكافة المسلمين. انتهى. والذي اقتصر عليه صاحب الإرشاد من الشافعية أن الحمى لا يختص بالإمام بل لولاته أن يحموا، وقال ابن أبي شريف في شرحه: إنه الأصح. والذي رأيته في كلام كثير من أصحابنا المالكية أنه يجوز للإمام أن يحمي بالشروط التي تقدم ذكرها، ولم يتكلموا على نوابه، ولكن مقتضى كلام أهل المذهب أن ذلك بحسب عموم الولاية وخصوصها، فإذا [عمم الإمام⁸⁸¹] الولاية على بلد لأمر جاز له أن يحمي، وأحرى إذا فوض إليه النظر في أمر الحمى. والله أعلم.

السادس: قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام عبد الحق المتقدم: لفظ النقيع وجدته في نسخة صحيحة من الباجي ومن أحكام عبد الحق بالنون قبل القاف، وذكره البكري بالباء قبل القاف، وكذا وجدته في نسخة صحيحة من النوادر، وهو مقتضى قول اللغويين. قال الجوهري في حرف الباء: والبقيع موضع فيه أروم الشجر من ضروب شتى، وبه سمى بقيق الغرقد؛ وهو مقبرة المدينة، ونحوه في مختصر العين، ومثله لابن سيده، وزاد: والغرقد شجر له شوك كان ينبت هناك فذهب وبقي الاسم لازماً للموضع، ولم يذكر أحد منهم النقيع بالنون قبل القاف أنه اسم موضع مع كثرة ما جلب فيه ابن سيده في المحكم، وقال الباجي في آخر الموطأ في ترجمة ما يتقى من دعوة المظلوم²: وفيه ذكر الحمى فقال الباجي: وهذا الحمى هو النقيع بالنون، ولم يتكلم عياض في مشاركته على هذه الكلمة لعدم وقوعها في الموطأ والصحيحين. انتهى.

قلت: وكأنه رحمه الله لم يقف على ما ذكره القاضي عياض في المشارق في آخر حرف الباء الموحدة لما ذكر أسماء المواضع، ونصه: بقيق الغرقد الذي فيه مقبرة المدينة بباء بغير خلاف، وسمي بذلك لشجرات غرقد؛ -وهو العوسج- كانت فيه، وكذلك بقيق بطحان جاء في الحديث وهو بالباء أيضاً. قال

الحديث

1 - عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى إلا لله ولرسوله وقال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربذة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشرب والمساقاة، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2370.

2 - حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هنيا اضمم جناحك عن المسلمين وأتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ما شيتهما يأتني ببنيه فيقول يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا -لا أبا لك- فالماء والكلاء ليسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أنني قد ظلمتهم إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لو لا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شيراً. كتاب دعوة المظلوم، رقم الحديث 1890، ط. دار الفكر.

الخليل: البقيع كل موضع من الأرض فيه شجر شتى، وأما الحمى الذي حماه النبي صلى الله عليه وسلم ثم عمر بعده، وهو الذي يضاف إليه في الحديث غرز النقيع، وفي الآخر بقدر لبن من النقيع، وحمى النقيع وهو على عشرين فرسخا من المدينة، وهو صدر وادي العقيق، وهو أخصب موضع هنالك، وهو ميل في بريد، وفيه شجر ويستجم حتى يغيب فيه الراكب؛ فاختلف الرواة وأهل المعرفة في ضبطه، فوقع عند أكثر رواة البخاري بالنون، وكذا قيده النسفي وأبو ذر والقاسبي، وسمعناه في مسلم من أبي بحر بالباء، وكذا روى عن ابن ماهان، وسمعناه من القاضي الشهيد وغيره بالنون، وبالنون ذكره الهروي والخطابي وغير واحد.

قال الخطابي: وقد صحفه أصحاب الحديث فيروونه بالباء، وإنما الذي بالباء بقيع المدينة موضع قبورها، وأما أبو عبيد الله البكري فقال إنما هو بالباء مثل بقيع الغرقد قال: ومتى ذكر البقيع بالباء دون إضافة فهو هذا، ووقع [فيه] ⁸⁸² في كتاب الأصيلي. / في موضع بالنون [والفاء] ⁸⁸³ وهو تصحيف قبيح، والأشهر في هذا النون والقاف، والنقيع بالنون كل موضع يستنقع الماء فيه، وبه سمي هذا. انتهى. وقوله: "بقيع بطحان" هو بضم الموحدة وسكون الطاء المهملة بعدها حاء مهملة. قال في المشرق: هكذا يرويه المحققون، وكذا سمعناه من المشايخ، [والذي] ⁸⁸⁴ يحكي أهل اللغة فيه فتح الموحدة وكسر الطاء، وكذا قيده [القالي] ⁸⁸⁵ في البارع وأبو حاتم والبكري في المعجم، وقال البكري: لا يجوز غيره، وهو واد في المدينة. انتهى. وقوله: "غرز النقيع" بفتح الغين المعجمة والراء وبه زاي. قال في المشرق: هكذا ضبطناه على أبي الحسن، وحكى فيه صاحب العين السكون قال: وواحد غرزة مثل تمر وتمر، وبالوجهين وجدته في أصل الجياني في كتاب الخطابي.

قال أبو حنيفة: هو نبات ذو أغصان رقاق حديد الأطراف يسمى الأسل، وتسمى به الرماح وتشبه به، وقال صاحب العين هو نوع من الثمار. اهـ. ومقتضى كلام [ابن عبد السلام] ⁸⁸⁶ أنه لم يقف على كلام صاحب المشرق أيضا، فإنه قال بعد أن ذكر كلام عبد الحق: هكذا رأيت في نسخة من الأحكام منسوبة إلى الصحة بالنون والقاف، وذكره البكري بالباء والقاف. قال: وهو صدر وادي العقيق، وقال: وهو منتدى للناس ومتصيد، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الصبح في المسجد بأعلى عسيب، وهو جبل بأعلى قاع العقيق، ثم أمر رجلا صيتا [فصاح] ⁸⁸⁷ بأعلى صوته فكان مدى صوته بريدا، وهو أربعة فراسخ، فجعل ذلك حمى طوله وعرضه ميل وفي بعضه أقل من ميل. انتهى. وقوله: "منتدى" بمعنى النادي وهو المجلس الذي يتحدث فيه، وذكر المصنف في التوضيح بعض كلام المشرق، ولكن كلامه يقتضي أن أبا عبيد غير البكري، وكلام القاضي عياض في المشرق يقتضي أن أبا عبيد هو البكري، وكذا رأيت في كلام غير واحد من العلماء منهم [الحافظ] ⁸⁸⁸

¹ - عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى إلا لله ولرسوله وقال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والريضة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشرب والمساقاة، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2370.

⁸⁸² * - في يحيى 3 ووقع في كتاب الأصيلي.

⁸⁸³ * - في المطبوع الباء وما بين المعقوفين من يم 3 وما يابى 5 ويحيى 3 وم 2.

⁸⁸⁴ * - في المطبوع وهو الذي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 5.

⁸⁸⁵ * - في المطبوع اللقاني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم والذي في ما يابى 5.

⁸⁸⁶ - في المطبوع ابن عباس وما بين المعقوفين من ن يحيى ص ويم وما يابى 5.

⁸⁸⁷ - في المطبوع فصاح وما بين المعقوفين من ن عدود. ص 7. ويحيى ص 2 ويم 3 وما يابى 5.

⁸⁸⁸ - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 7. ويحيى 3 ويم 4 وما يابى 5.

ابن حجر في مقدمة فتح الباري، إلا أنه ذكر عن البكري أنه حكى فيه وجهين، والذي حكاه القاضي في المشارق عن البكري إنما هو وجه واحد كما تقدم. قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: النقيع بفتح النون وكسر القاف هو صدر وادي العقيق على نحو عشرين ميلا من المدينة، وقال الشافعي في مختصر المزني: وهو بلد ليس بالواسع الذي يضيق على من حوله إذا حُمي، ويعني بالبلد الأرض. قال صاحب مطالع الأنوار: مساحته ميل في بريد، وذكر ما تقدم عن المشارق إلا أن قوله: "على عشرين ميلا من المدينة" خلاف ما قال في المشارق، والذي حكاه الحافظ ابن حجر وغيره أنه على عشرين فرسخا كما قال في المشارق، وذكر في النوار عن كتاب ابن سحنون أن ابن وهب روى عن مالك أن قدر النقيع ميل في ثمانية أميال. قال: ثم زاد فيه الولاة بعد، وهكذا ذكر الحافظ ابن حجر في فتح الباري عن موطأ ابن وهب أنه ميل في ثمانية أميال، وهو خلاف ما ذكره هو في مقدمة فتح الباري وما ذكره في المشارق وما حكاه النووي في تهذيب الأسماء واللغات من أنه ميل في بريد فإن البريد اثنا عشر ميلا.

السابع: تقدم في صحيح البخاري أن عمر رضي الله عنه حمى الشرف والريذة. قال في فتح الباري: وهو من بلاغ الزهري والشرف بفتح المعجمة والراء بعدها فاء في المشهور، وذكر عياض أنه عند البخاري بفتح المهملة وكسر الراء. قال: وفي موطأ ابن وهب بفتح المعجمة والراء، قال: وكذا رواه بعض رواة البخاري أو أصلحه وهو الصواب، وأما سرف فهو موضع بقرب مكة ولا يدخله الألف واللام. انتهى. وقال في مقدمته: قال أبو عبيد البكري هو ماء لبني باهلة أو لبني كلاب. انتهى. وقال الزركشي: هو من عمل المدينة، وأما سرف فمن عمل مكة على ستة أميال، وقيل سبعة، وقيل تسعة، وقيل اثنا عشر. انتهى. وأما الريذة فهي بفتح الراء وفتح الموحدة وبعدها ذال معجمة قال في فتح الباري: موضع معروف/ بين مكة والمدينة. انتهى.

8

وقال الزركشي في كتاب العلم من حاشية البخاري: موضع على ثلاث مراحل من المدينة. انتهى. قال ابن عبد السلام المالكي: قال البكري: الريذة هي التي جعلها عمر حمى لإبل الصدقة، وكان حماه الذي حماه بريدا في بريد. قال: ثم تزايدت الولاة في الحمى أضعافا، ثم أبيحت الأحمية في أيام المهدي فلم يحمها أحد، وحمى عمر رضي الله عنه صرفة وزاد فيه عثمان. انتهى. وقال في النوار: وحمى أبو بكر رضي الله عنه الريذة لما يحمل عليه في سبيل الله نحو خمسة أميال في مثلها، وحمى ذلك عمر لإبل الصدقة التي يحمل عليها في سبيل الله، وحمى أيضا الشرف. انتهى.

الثامن: ذكر الرافعي في الشرح الكبير الحديث السابق بلفظ: {إنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع¹} لإبل الصدقة ونعم الجزية. قال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديثه بعد أن ذكر روايات الحديث: تبين بهذا أن قوله لإبل الصدقة ونعم الجزية مدرج ليس في أصل الخبر. انتهى. والله أعلم.

التاسع: قال المصنف في التوضيح: انظر ما في الحديث من قوله: "حمى النقيع" كما ذكر المصنف؛ يعني ابن الحاجب، وذكره الجوهرى رباعيا فقال أحميت المكان جعلته حمى. انتهى. قلت: ليس في كلامه ما يقتضي أنه لا يستعمل منه إلا الرباعي، ونصه: حميته أي دفعت عنه، وهذا شيء حمى على فعل أي محظور لا يقرب، وأحميت المكان جعلته حمى. انتهى. وقال في القاموس: حمى

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى إلا لله ولرسوله وقال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والريذة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشرب والمساقاة، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2370.

الشيء يحميه حمياً وحماية بالكسر ومحمية منه، وكلاً حمى كرضا حمى. ثم قال: وأحمى المكان جعله حمى لا يقرب. انتهى. وقال في المشارق: الحمى بكسر الحاء مقصور المنوع من الرعي، تقول حميت الحمى، فإذا امتنع منه قلت أحميته، ومنه قولهم حميت الماء القوم أي منعتهم. انتهى. فعلم من كلامه في المشارق أنه يقال حميته بالفعل الثلاثي، وأنه لا يقال أحميته بالرباعي إلا بعد امتناع الناس منه. والله أعلم. العاشر: قوله: "لا حمى" بلا تنوين وفي بعض الروايات بالتنوين قال الكرمانى: فتكون حينئذ لا بمعنى ليس؛ أي فتكون للاستغراق على الأول بخلاف الثاني.

الحادي عشر: قال الشافعية: وينبغي للوالي إذا حمى أن يجعل للحمى حافظاً يمنع أهل القوة من الرعي فيه ويأذن للضعيف والعاجز، فإن دخله أحد من أهل القوة ورعى منع، ولا غرم عليه ولا تعزيز. انتهى. قلت: وهو ظاهر وكلام أهل المذهب يقتضيه فقد قال ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح: وقد صح أن عمر رضي الله عنه قال: لهنّي حين ولاه على الحمى أدخل رب الصريمة والغنيمة، وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان. انتهى. إلا أن قولهم لا تعزيز عليه فيه نظر، والظاهر أن من بلغه النهي وتعدى بعد ذلك ورعى في الحمى فلإمام أن يعززه بالزجر أو التهديد، فإن تكررت المخالفة فيعززه بالضرب، وقولهم لا غرم عليه ظاهر لا شك فيه. والله أعلم. وما ذكره ابن عبد السلام عن عمر رضي الله عنه هو ما رواه مالك رضي الله عنه في آخر جامع الموطأ في باب ما يتقى من دعوة المظلوم عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال: يا هنيا اضمم جناحك عن الناس، واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة، وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان فإنهما إن تهلك ما شيتهما [يرجعان] ⁸⁹⁰ إلى المدينة إلى زرع ونخيل، وإن رب الصريمة والغنيمة إن تهلك ما شيته [يأتني] ⁸⁹⁰ ببنيه، فيقول يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين أفتركهم أنا لا أبا لك، فالماء والكلا أسير علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم [ليرون] ⁸⁹¹ أنني قد ظلمتهم، إنها لبلادهم ومياهم قاتلوا [عليها] ⁸⁹² في الجاهلية وأسلموا [عليها] ⁸⁹³ في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً. انتهى. الثاني عشر: هذا الحديث رواه البخاري في كتاب الجهاد عن إسماعيل؛ يعني ابن أبي أويس عن مالك ²، وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: وهذا الحديث/ ليس في الموطأ. قال الدارقطني في غرائب مالك: هو حديث غريب صحيح. انتهى.

قلت: وهذا من الأمر العجيب، فإن الحديث موجود في جميع نسخ الموطأ وشروحه. والله أعلم. الثالث عشر: قوله: "مولى له يدعى هنيا" هو بضم الهاء وفتح النون وتشديد الياء. قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: هكذا ضبطه ابن مأكولا وغيره من أهل الإقتان، وكذا ضبطناه في صحيح البخاري والمهذب

9

الحديث

- 1- الموطأ، كتاب دعوة المظلوم، رقم الحديث 1890، ط. دار الفكر.
- 2- حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هنيا اضمم جناحك عن المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة يأتني ببنيه فيقول يا أمير المؤمنين أفتركهم أنا - لا أبا لك - فالماء والكلا أسير علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أنني قد ظلمتهم إنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً. البخاري، كتاب الجهاد، رقم الحديث 3059، دار الفجر للتراث 2005.
- الموطأ، رقم الحديث 1890.

889 - كذا في النسخ.

890 - في المطبوع يأتي وما بين المعقوفين من ن عدود و يم4 ويحيى4 وم3 ومايأي6.

891 - في المطبوع لا يرون، وما بين المعقوفين من ن عدود ص8 ويحيى4 وم3 ومايأي7.

892 - ساقطة من المطبوع ومايأي7 وم3 ويحيى4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص8 ويحيى4.

893 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص8 ويحيى4 وم3 ومايأي7.

متن الخطاب وغيرهما. قال: ورأيت بخط من لا تحقيق له أنه يقال أيضا بالهمز، وهذا خطأ ظاهر نبهت عليه لئلا يغتر به، روى هني عن أبي بكر وعمر ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم. انتهى. وقال في فتح الباري: قوله يدعى هنيا بالنون مصغرا من غير همز وقد يهمز، وهذا المولى لم أر من ذكره في الصحابة مع إدراكه، وقوله على الحمى. قال في فتح الباري: بين ابن سعد أنه كان على حمى الربذة، وقوله: "اضمم جناحك عن الناس" أي اكفف يدك عن ظلمهم في المال والبدن، والجناح اليد، قال الله تعالى: ﴿واضمم إليك جناحك﴾ وفي رواية البخاري: {اضمم جناحك عن المسلمين} ⁸⁹⁴.

قال في فتح الباري: وفي رواية معن عن مالك عند الدارقطني في الغرائب اضمم جناحك للناس، وعلى هذا [فمعناه] ⁸⁹⁴ استرهم بجناحك، وهو كناية عن الرحمة والشفقة وقوله في هذه الرواية: "اضمم جناحك للناس" لعله على الناس فإني رأيته [كذلك] ⁸⁹⁵، وقال ابن عرفة: قال أبو عمر: قوله اضمم جناحك يقول لا تستطل على أحد لمكانك مني، وقوله: "واتق دعوة المظلوم" كناية لطيفة عن النهي عن الظلم، وهكذا رأيته في نسخ البخاري، وذكره في فتح الباري بلفظ: "واتق دعوة المسلمين". ثم قال: وفي رواية الإسماعيلي والدارقطني وأبي نعيم دعوة المظلوم، وقوله: "فإن دعوة المظلوم مجابة" هكذا في نسخ الموطأ، ولفظ البخاري: فإن دعوة المظلوم مستجابة، وقوله: "وأدخل رب الصريمة والغنيمة" أدخل بهمزة قطع مفتوحة وكسر الخاء المعجمة، ومتعلق الإدخال محذوف، والمراد المرعى، والصريمة بضم الصاد المهمله مصغر الصرمة بكسر الصاد وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين. قاله في الصحاح، وقال الأسنوي في المهمات في كتاب إحياء الموات: ما بين العشرة إلى الثلاثين من الإبل خاصة.

وقال في القاموس: ما بين العشرة إلى الثلاثين أو إلى الخمسين أو الأربعين، أو ما بين العشرة إلى الأربعين، أو ما بين عشرة إلى بضع عشرة، والغنيمة على وزن الصريمة مصغر أيضا هي ما بين الأربعين إلى المائتين. قاله الأسنوي أيضا. وقوله: "وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان" فيه تحذير المتكلم نفسه، وهو شاذ لا يقاس عليه عند جمهور النحويين. قال الأسنوي: وقد وقع للرافعي وغيره بالكاف، والوارد في رواية الشافعي وغيره إنما هو بالياء، وابن عوف هو عبد الرحمن وابن عفان هو عثمان رضي الله عنهما، وخصهما بالذكر على طريق المثال لكثرة نعمهما لأنهما من مياسير الصحابة. قال في فتح الباري: ولم يرد منعهما ألبتة، [وإنما] ⁸⁹⁶ أراد أنه إذا لم يسع المرعى إلا نعم أحد الفريقين فنعم المقلين أولى، فنهاه عن إثارهما على غيرهما أو تقديمهما قبل غيرهما، وقد بين حكمة ذلك. انتهى..

قلت: ظاهر الخبر أنه أراد منع نعمهما ليتوفر المرعى لإبل الصدقة فتأمله. [والله أعلم]. ⁸⁹⁷ وقوله: "يأتني ببنيه" ⁸⁹⁸ [كذا في أكثر نسخ الموطأ يأتني بحذف الياء للجزم في جواب الشرط وهو الراجح، وفي بعض النسخ: "يأتيني" بإثبات الياء وهو ضعيف، وقوله: ["ببنيه"] ⁸⁹⁹ [كذا في نسخ الموطأ بالنون قبل المثناة تحس]

1- حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هني اضمم جناحك عن المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيته يأتني ببنيه فيقول يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا - لا أبا لك - فالماء والكلا أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أنني قد ظلمتهم إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا. البخاري، كتاب الجهاد، رقم الحديث 3059، دار الفجر للتراث 2005.

894 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في فتح الباري، ج 7 ص 143 ط. دار الكتب العلمية.

895 - * كذا هو في نسخ من الموطأ (على الناس).

896 - في المطبوع أنه، وما بين المعقوفين من ن عدود ص. 9 ويحيى 4. ويم 4 م ومايأبي 7.

897 - في المطبوع ومايأبي 7 ويحيى 4 م فتأمله وقوله وما بين المعقوفين من ن عدود ص. 9. وفي يم 5 الصدقة وقوله.

898 - في المطبوع ويحيى 4 ببنيته وما بين المعقوفين من ن عدود ص. 9. ويم 5 م ومايأبي 7.

899 - في المطبوع ببنيته وما بين المعقوفين من ن عدود ص. 9 ومايأبي 7.

جمع ابن، وهي رواية الكشميهني في البخاري، ووقع عند أكثر رواة البخاري [ببيته⁹⁰⁰] بالتاء التحتية ثم الفوقية بلفظ البيت والمعنى متقارب، وقوله: "فيقول يا أمير المؤمنين" مقول القول محذوف لدلالة السياق عليه، ولأنه لا يتعين في لفظ مخصوص نحو يا أمير المؤمنين أنا فقير أنا محتاج إلى كذا، وقوله: ["أفتركهم⁹⁰¹"] أنا" استفهام إنكاري أي لا أتركهم محتاجين، وقوله: "لا أبا لك" بفتح الموحدة من غير تنوين ثم اختلف فيه، فعند سيبويه والجمهور/ أنه مضاف، واللام زائدة مؤكدة لمعنى الإضافة، وهي معتد بها من حيث إن اسم لا لا يضاف لمعرفة [فاللام لذهاب صورة⁹⁰²] الإضافة، وغير معتد بها من حيث إن ما قبلها منصوب [بالألف وإنما⁹⁰³] ينصب بها إذا كان مضافاً، ويشكل عليهم لا أبالي بالألف واللام فإنه لا ينصب بالألف إذا أضيف للياء، وقال ابن الحاجب وابن مالك إنه شبيه بالمضاف، ويشكل على قولهما حذف التنوين، وسمع من [كلامهم⁹⁰⁴] لا أباك بدون لام وهو مشكل، وظاهر كلامهم أنه لم يسمع لا أبا لك ولو سمع لأمكن توجيهه بأنه شبيه بالمضاف، والخبر على هذه الأوجه محذوف، وسمع من كلامهم لا [أب⁹⁰⁵] لك بالبناء على الفتح وهو القياس، وقوله: "لك" هو الخبر على هذا الوجه، ولو قال لا أب لك بالرفع والتنوين صح، وهذا اللفظ ظاهره الدعاء عليه.

قال في فتح الباري: وهو على المجاز لا على الحقيقة، وقوله إنهم ليرون قال في فتح الباري: بضم التحتية أوله بمعنى الظن، وبفتحها بمعنى الاعتقاد قوله أنني قد ظلمتهم.

فرع: [قال ابن حجر: ⁹⁰⁶] قال ابن التين: يريد أرباب المواشي الكثيرة، والذي يظهر لي أنه أراد أرباب المواشي القليلة لأنهم الأكثر، وهم أهل تلك البلاد من نواحي المدينة، ويدل على ذلك قوله إنها لبلادهم، وقد أخرج ابن سعد في الطبقات أن عمر رضي الله عنه أتاه رجل من أهل البادية فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام ثم تحمى علينا؟ فجعل عمر ينفخ ويقتل شاربه، وأخرج الدارقطني في غرائب مالك نحوه، وزاد: فلما رأى الرجل ذلك ألح عليه فلما أكثر عليه، قال رضي الله عنه: المال مال الله، والعباد عباد الله، والأرض أرض الله ما أنا بفاعل. انتهى.

قلت: والظاهر أن الضمير في يرون يعود إلى أصحاب المواشي الممنوعين، سواء كانت مواشيهم كثيرة أو قليلة. ثم قال في فتح الباري: وقال ابن المنير: لم يدخل ابن عفان ولا ابن عوف في قوله قاتلوا عليها في الجاهلية، فالكلام عائد على عموم أهل المدينة لا [عليهما⁹⁰⁷]. انتهى. قال الشيخ ابن أبي زيد في النوادر: وقال عمر رضي الله عنه لرجل من العرب عاتبه في الحمى: بلاد الله حميت لمال الله. انتهى. وقوله لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله. قال في فتح الباري: أي من الإبل التي كان

900 - في المطبوع ببيته، وفي 5 يتيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 9 وما يابى 7.

901 - في المطبوع افتكارهم وما بين المعقوفين من ما يابى 8 ويم 5.

902 - في المطبوع فاللام لصورة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 3.

903 - في المطبوع بالألف واللام وإنما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 10 ويحيى 4 ويم 5 م 4 وما يابى 8.

904 - في المطبوع قولهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 3 وما يابى 8.

905 - في المطبوع لا لا أبا لك وما بين المعقوفين من ن ذي ص 10 م 4 ويم 3 وما يابى 8.

906 - في المطبوع فرع قال وما بين المعقوفين من يحيى 5 وم 4 وسيد 3 وما يابى 8 ويم 5.

907 - في المطبوع وم 4 عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 10. ويحيى 5. ويم 5 وما يابى 8.

نص خليل وَإِنْ مُسْلِمًا إِنْ قَرَبَ وَإِلَّا فَلِلْإِمَامِ إِمْضَاؤُهُ.

متن الخطاب يحمل عليها من لا يجد مركبا، وجاء عن مالك أن عدة ما كان في الحمى في عهد عمر بلغ أربعين ألفا من إبل وخيل [بينهما]⁹⁰⁸ انتهى. وقال الأسنوي: قوله لولا المال الذي أحمل عليه أي الخيل التي أعدتها لأحمل عليها من لا مركوب له. قال مالك رضي الله عنه: وكانت عدتها أربعين ألفا. انتهى. وهو مخالف لما ذكره في فتح الباري.

الرابع عشر: قال ابن عرفة: قال أبو عمر فيه ما كان عليه عمر من التقى، وأنه لا يخاف في الله لومة لائم؛ لأنه لم يدهن عثمان ولا عبد الرحمن، وآثر المساكين والضعفاء، وبين وجه ذلك وامتنل قوله صلى الله عليه وسلم: { لا حمى إلا لله ولرسوله¹ } يعني إبل الصدقة. اهـ. قال ابن عرفة لما ذكر عن الباجي أنه يحمي لماشية الصدقة: قلت: يقوم منه طول تأخير صرف الزكاة إذا كان [لتأخر]⁹⁰⁹ مصرفها. انتهى.

الخامس عشر: قال الشافعية: إن ما حماه الرسول صلى الله عليه وسلم لا ينقض فلا ينقض حمى النقيع، وأما ما حماه غيره من الولاة فيجوز نقضه لمصلحة، وسواء كان الناقض هو الذي حماه أو غيره. قلت: هذا ظاهر إن ثبت أنه صلى الله عليه وسلم لما حمى النقيع أمر أن يجعل ذلك حمى للمسلمين دائما، وأما إذا حماه في سنة من السنين، ولم يفهم أن ذلك حكم مستمر، فالظاهر أنه لا يلزم استمراره، ولو ثبت ذلك لاستمر عمل الخلفاء بعده على حمى ذلك الموضع، وقد تقدم أن الصديق رضي الله عنه حمى الريدة، وكذلك عمر رضي الله عنه. فتأمله. والله أعلم.

ص: وَإِنْ مُسْلِمًا إِنْ قَرَبَ ش: ظاهره أن الذمي يحمي في القريب بإذن الإمام وهذا ليس بمنصوص للمتقدمين. قال ابن عبد السلام: لكن ركن إليه الباجي، وفي المسألة قول/ ثان لابن القصار. قال للإمام أن يأذن لأهل الذمة في الموات. قال في التوضيح: ولم يفرق بين قريب ولا بعيد، وفيها قول ثالث. قال ابن عبد السلام: وهو المنصوص للمتقدمين. ابن عرفة: وهو المشهور أن حكمهم في البعيد حكم المسلمين، والقريب ليس لهم أن يحموه ولو أذن الإمام، والقريب هو حريم العمارة مما يلحقونه غدوا ورواحا. قاله في التوضيح. وقاله في الجواهر، ونصه: وأما البعيد فلا يفتقر إلى إذن الإمام فيه، وهو ما كان خارجا عما يحتاجه أهل العمران من محتطب ومرعى مما العادة أن الرعاء يصلون إليه ثم يعودون إلى منازلهم فيبيتون بها، ويحتطب المحتطب ثم يعود إلى منزله. انتهى. وقال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى في كتاب السداد والأنهار: وحد البعيد من العمران الذي يكون لمن أحياء دون إذن الإمام ما لم ينته إليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم من العمران. انتهى.

تنبيه: يعترض على المؤلف بما اعترض به على ابن الحاجب؛ لأن المؤلف قد قدم أن القرب من وجوه الاختصاص فلا يكون القريب مواتا؛ إذ الموات ما انفك عن الاختصاص فلا يتصور في القريب إحياء؛ لأن الإحياء إنما يكون في الموات، والظاهر أن مراد المؤلف أن حريم العمارة مانع من الإحياء بغير إذن الإمام، ثم ينظر فيه أي في حريم العمارة، فإن كان فيه ضرر فلا يجوز إحياءه ولا يبيحه الإمام، وما لم يكن فيه ضرر فإنه يجوز إحياءه بإذن الإمام، ويكون الموات على ثلاثة أقسام كما قال ابن رشد في رسم الدور من سماع

11

¹ - أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة، بهذا اللفظ، رقم الحديث 3083.

الحديث

⁹⁰⁸ - في المطبوع بينها م 4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 10. ويحيى 5. ويم (وما يابى 8 ببنيها).

⁹⁰⁹ * - في المطبوع تأخير وما بين المعقوفين من ما يابى 8 وسيد.

نص خليل وَافْتَقَرَ لِإِذْنٍ.

متن الخطاب يحيى من كتاب السداد والأنهار، ونصه: الموات الذي يستحقه الناس بالإحياء؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: {من أحيا أرضاً ميتة فهي له⁹¹⁰} هي الأرض التي لا نبات فيها. قال ذلك مالك رحمه الله في رواية ابن غانم عنه بدليل قوله تعالى: ﴿[والله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها⁹¹⁰]﴾ فلا يصح الإحياء إلا في البوار ثم قال: وحكم إحياء الموات يختلف باختلاف مواضعه، وهي على ثلاثة أوجه: بعيد من العمران، وقريب منه لا ضرر على أحد في إحيائه، وقريب منه في إحيائه ضرر على من يختص بالانتفاع به، فأما البعيد من العمران فلا يحتاج في إحيائه إلى استئذان الإمام إلا على طريق الاستحباب على ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وأما القريب منه الذي لا ضرر في إحيائه على أحد فلا يجوز إحياءه إلا بإذن الإمام على المشهور في المذهب، وقيل إن استئذان الإمام في ذلك مستحب وليس بواجب، واختلف إن وقع [بغير⁹¹¹] إذنه، على القول بأنه لا يجوز إلا بإذنه قيل يمضي مراعاة للخلاف، وهو قول المغيرة وأصعب وأشهب، وقيل إنه يخرج منه ويكون له قيمة بنيانه منقوضاً، وهو القياس، ولو قيل إنه يكون له قيمته قائماً للشبهة في ذلك لكان له وجه، وأما القريب منه الذي في إحيائه ضرر كالأفنية التي يكون أخذ شيء منها ضرراً بالطريق وشبه ذلك فلا يجوز إحياءه بحال ولا يبيحه الإمام. انتهى. وقد تقدم عنه.

وقال في الرسم الذي قبله ما نصه على ما اختصره ابن عرفة: قال ابن حبيب: [الشعراء⁹¹²] المجاورة للقرى والمتوسطة بينها لا يقطع الإمام منها شيئاً؛ لأنها ليست كالعفاء من الأرض التي لعامة المسلمين، إنما هي حق من حقوقهم كالساحة للدور، وإنما العفاء ما بعد، وتعقب الفضل قوله فقال وأين يقطع الإمام إلا فيما قرب من العمران، وهو لا يلزم لأنه إنما أراد [الشعراء⁹¹³] القريبة من القرى جداً؛ لأن إقطاعها ضرر بهم في قطع مرافقهم منها التي كانوا يختصون بها لقربهم على ما سنذكره في رسم الدور. انتهى. والذي في رسم الدور [هو⁹¹⁴] ما تقدم، والشعراء هي الشجر المختلط أو الأرض ذات الشجر. كذا فسرها أهل اللغة، فعلى هذا إنما [يمنع⁹¹⁵] من إحياء القريب الذي في إحيائه ضرر، وأما ما لا ضرر في إحيائه فلا يمنع من ذلك ولو كان قريباً، إلا أنه لا يجوز إحياءه / إلا بإذن الإمام على المشهور. والله أعلم.

12

فرع: قال في المدخل: لا يجوز لأحد البناء على شاطئ النهر للسكنى ولا غيرها إلا القناطر المحتاج إليها انتهى. ص: [وافتقر لإذن⁹¹⁶] ش: أي وافتقر إحياء الموات لإذن الإمام. فرع: قال ابن رشد في كتاب السداد والأنهار في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب: وليس للعامل أن يقطع شيئاً من الموات إلا بإذن الإمام. انتهى.

الحديث 1 - من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق، أبو داود في سننه، كتاب الخراج والفيء، رقم الحديث 3073، دار إحياء السنة النبوية. والموطأ، كتاب الأقضية، ص468، ط. دار الكتب العلمية.

910 -* انظر الأصل.

911 - في المطبوع إن وقع بإذنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص11. ويحيى ص5. ويم6 م5 ومايأبى9.
912 - في المطبوع الشعاري وما بين المعقوفين من ن عدود ص11. ويحيى الشعر ص5. ويم6 ومايأبى9.
913 - في المطبوع الشعاري وما بين المعقوفين من ن عدود ص11. ويحيى ص5. ويم6 م5 ومايأبى9.
914 - في المطبوع وهو ما تقدم والشعاري وما بين المعقوفين من ن عدود ص11. ويحيى ص6. ويم6 م5 ومايأبى9.
915 - في المطبوع وسيد يمتنع وما بين المعقوفين من ن مايأبى9 ويم6 ويحيى6 وم5.
916 - لعله مؤخر عن محله من المتن كما نبه عليه عدود.

نص خليل

أَوْ جَعَلُهُ مُتَعَدِّيًا بِخِلَافِ الْبَعِيدِ وَلَوْ ذِمِّيًّا بِغَيْرِ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ وَالْإِحْيَاءُ بِتَفْجِيرِ مَاءٍ وَبِإِخْرَاجِهِ وَبِنَاءٍ وَبَغْرَسٍ وَبِحَرْثٍ وَتَحْرِيكِ أَرْضٍ وَيَقْطَعُ شَجَرَ وَيَكْسِرُ حَجَرَهَا وَتَسْوِيَتُهَا لَا يَتَحَوِّطُ وَرَغِي كَلًا وَحَفَرَ بئرَ مَاشِيَةٍ وَجَازَ بِمَسْجِدٍ سَكَنِي لِرَجُلٍ تَجَرَّدَ لِلْعِبَادَةِ وَعَقَدَ نِكَاحٍ وَقَضَاءَ دَيْنٍ وَقَتَلَ عَقْرَبٍ وَنَوَّمَ بِقَائِلَةٍ وَتَضَيَّفَ بِمَسْجِدٍ بَادِيَةٍ.

متن الخطاب

ص: أو جعله متعديا ش: قال ابن عبد السلام: فإذا فرعنا على القول الأول وهو المشهور من أن القريب الذي لا ضرر فيه يقتصر إلى إذن الإمام، فإذا أحياه أحد من غير استئذان تعقب الإمام ما فعله هذا، فإن رأى إمضاه أمضاه، وإن لم ير ذلك أخذه منه وأعطاه قيمة ما صنعه منقوضا إن رده لبيت المال، وإن شاء كلفه بهدمه، وإن شاء أقطعه لغيره، فكان لذلك الذي أقطعه إياه الإمام أن يأمر هذا بما كان الإمام يأمره به، وهذا هو الذي أجمله المؤلف؛ يعني ابن الحاجب بقوله أو جعله متعديا. انتهى كلام ابن عبد السلام، ومثله يقال على كلام المؤلف، وقال في التوضيح: المشهور ما قاله المؤلف؛ يعني ابن الحاجب، وهو قول مالك وابن القاسم أن للإمام إمضاه أو جعله متعديا فيعطى قيمة بنائه مقلوعا، ورأى اللخمي أنه يعطى قيمته قائما للشبهة. اللخمي: قال مطرف وابن الماجشون الإمام مخير بين أربعة أوجه إن رأى أن يقره له أو للمسلمين [ويعطيه⁹¹⁷] قيمته منقوضا أو يأمره بقلعه أو يقطعه لغيره ويكون للأول قيمته منقوضا. ابن رشد: وهو القياس، وقال في موضع آخر: وهو معنى ما في المدونة. انتهى. وظاهر كلام التوضيح أن كلام مطرف وابن الماجشون خلاف المشهور، والظاهر أنه تفسير لقول مالك كما قال ابن عبد السلام، وكما يظهر من قول ابن رشد. والله أعلم.

تنبيه: لا ينبغي أن يفهم من قول المصنف وابن الحاجب: أو جعله متعديا أنه يرجع عليه بالغلة، بل ظاهر نصوصهم أنه لا يرجع عليه بالغلة، بل تقدم في كلام التوضيح أن اللخمي رأى أن تكون له قيمة البناء قائما للشبهة، ونقل ابن عرفة عن ابن رشد أنه قال له قيمته منقوضا قال: ولو قيل قائما للشبهة لكان له وجه. انتهى./

13

ص: وقضاء دين ش: يعني أنه يجوز قضاء الدين في المسجد؛ لأنه معروف بخلاف البيع والصرف. قال الطروش في كتاب البدع: أراد بالقضاء المعتاد الذي فيه يسير العمل وقليل العين، وأما لو كان قضاء بمال جسيم يحتاج [للمؤنة⁹¹⁸] والوزن والانتقاد ويكثر فيه العمل فإنه مكروه.

فرع: قال في أواخر كتاب الجامع من الذخيرة: قال مالك: وينهى السؤال عن السؤال في المسجد والصدقة في المسجد غير محرمة. انتهى. وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: ويكره العمل في المساجد إلى آخره ينبغي أن تنزه المساجد عن البيع والشراء، واستخف في البيان قضاء الدين وكتب الحق فيه - ما لم يطل - وإنشاد الضالة وعمل الصناعة والسؤال. قال ابن عبد الحكم في النوادر: من سأل [فلا يعط⁹¹⁹] وأمر بحرمانهم وردهم خائبين. قال التادلي: كان الشيخ أبو عبد الله محمد بن عمران يغلظ عليهم في النهي وربما أمر بإخراجهم إلى السجن، وكان بعض الشيوخ على العكس منه، فيرفق بهم ويسأل عن

الحديث

917 - في المطبوع أو يعطيه وما بين المعقوفين من م 5 وسيد 3 ومايبي 10 ويحيى 6 ويم 34.

918 - في المطبوع المؤنة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 13.

919 - في المطبوع ويحيى 6 ويم 7 فلا يعطى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 13. م 5 ومايبي 10.

نص خليل

وَأَنَاءٌ لِبُولٍ إِنْ خَافَ سَبْعًا كَمَنْزَلٍ تَحْتَهُ وَمُنِعَ عَكْسُهُ كإِخْرَاجِ رِيحٍ وَمُكْتَبٍ بَنَجَسٍ وَكَرِهَ أَنْ يَبْصُقَ بِأَرْضِهِ وَحَكَّهُ وَتَعْلِيمُ صَبِيٍّ.

متن الخطاب

أحوالهم ويتصدق عليهم، فالأول تصرف بالشرع، والثاني بعين الحقيقة. انتهى. وقال في الإكمال لما تكلم على قوله صلى الله عليه وسلم: {إنما بنيت المساجد لما بنيت له¹} : قال بعض شيوخنا إنما يمنع في المساجد من عمل الصناعات ما يختص بمنفعة آحاد الناس مما يتكسب به، فلا يتخذ المسجد متجرا، فأما إن كانت لما يشمل المسلمين في دينهم مثل الماثقة وإصلاح آلات الجهاد مما لا مهنة في عمله للمسجد فلا بأس به انتهى.

فرع: قال في الذخيرة: ويجعل الماء العذب في المساجد، وكان في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم. انتهى.

ص: وإناء لبول إن خاف سبعاً ش: قال ابن العربي: وكذلك الغريب إذا لم يجد أين يدخل دابته فإنه يدخلها في المسجد إذا خاف عليها من اللصوص. انتهى.

ص: ومنع عكسه ش: تقدم الكلام على هذه المسألة في باب الإجارة عند قول المصنف: "وسكني فوقه" بما فيه كفاية.

فرع: قال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: لا خلاف أن لظاهر المسجد من الحرمة ما للمسجد، ولا يورث المسجد ولا البنيان الذي فوقه، ويورث البنيان الذي تحته، وإنما اختلف في صلاة الجمعة عليه هل تكره ابتداء وتصح إن فعلت، أو لا تصح ويعيد أبداً؟ والله أعلم.

ص: كإخراج ريح ش: عده المصنف في المحرمات، وقال ابن العربي في عارضته في باب تطيب المساجد في شرح قول عائشة: أمر عليه الصلاة والسلام ببناء المساجد وأن تنظف وتطيب،² ونظافتها أن لا تبقى فيها قمامة من الخرق والقذى والعيذان: وليس من ذلك الحدث يكون فيه من ريح أو صوت، ولا يناقض تنظيفه تعليق قنوه فيه من ثمر يأكله المساكين، ولا [الأكل]⁹²⁰ فيه إذا وضع لقاطة أو سقاطة ما يأكل في حجره أو كفه. انتهى. وقال في باب المشي إلى المسجد وانتظار الصلاة فيه في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {لا تزال الملائكة تصلي على أحدكم ما دام في المسجد اللهم اغفر له اللهم ارحمه ما لم يحدث³} قال رجل من حضرموت لأبي هريرة: ما الحدث؟ قال: فساء أو ضراط فيه دليل على جواز إرسالهما في المسجد كما يرسله في بيته إذا احتاج إلى ذلك، وأن المسجد إنما ينزه عن نجاسة عينية. انتهى.

ص: ومكث بنجس ش: هذا الذي صدر به ابن شعبان قال في التوضيح: قال في/ مختصر ما ليس في المختصر: ويجب على من رأى في ثوبه دماً كثيراً في الصلاة أن يخرج من المسجد ولا يخلعه فيه.

14

1 - عن سليمان بن بريدة عن أبيه أن رجلاً نشد في المسجد فقال من دعا إلى الجمل الأحمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا وجدت إنما بنيت المساجد لما بنيت له، مسلم في صحيحه، كتاب المساجد، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972. رقم الحديث 569.

2 - أمر النبي صلى الله عليه وسلم ببناء المساجد في الدور وأن تنظف وتطيب. الترمذي، دار الفكر 1995، رقم الحديث 594.

3 - ولفظ البخاري: ..وتصلي يعني- عليه الملائكة ما دام في مجلسه الذي يصلي فيه اللهم اغفر له اللهم ارحمه ما لم يوذ: يحدث فيه. البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، ط. دار الفجر 2005، رقم الحديث 477.

- مسلم، كتاب المساجد، رقم الحديث 649.

- جامع الترمذي بعارضة الأحوذ، كتاب الصلاة، دار الفكر 1995، رقم الحديث 330.

⁹²⁰ - في المطبوع ولا أكل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 13. ويحيى 6. ويم 7 م 5 وما يابى 11.

الحديث

نص خليل

وَبَيْعٌ وَشِرَاءٌ وَسَلٌّ سَيْفٍ وَإِنْشَادُ ضَالَّةٍ وَهَتْفٌ بِمَيْتٍ وَرَفْعُ صَوْتٍ كَرَفْعِهِ يَعْلَمُ وَوَقِيدُ نَارٍ وَدُخُولُ كَخَيْلٍ
لِنَقْلِ وَفَرَشٌ أَوْ مُتَكَأٌ.

متن الخطاب

قال: وقد قيل يخلعه ويتركه بين يديه ويغطي الدم. انتهى. وقال القلشاني في شرح الرسالة من رأى بثوبه كثير دم فقال ابن شعبان يخرج من المسجد ولو كان في صلاة، وقال غيره ينزعه ويتركه بين يديه ساترا نجاسته ببعضه، وقال القلشاني: قلت: وعليهما الخلاف في إدخال النعل الذي لحقته نجاسة في محفظة أو ملفوفة في خرقة كثيفة. انتهى. وقال الأقفهسي: قال الجزولي ودخول المسجد بالثوب النجس مكروه، وكذلك [نعليه]⁹²¹ إذا كان فيهما نجاسة فلا يدخلهما المسجد حتى يحكما ولا يغسلهما فإن ذلك يفسدهما. انتهى. فما ذكره من الكراهة مخالف لما مشى عليه المصنف، وأما ما ذكره فظاهر، ولا ينبغي أن يكون خلافا. والله أعلم.

ص: وبيع ش: أي يكره البيع في المسجد، وفي جامع الذخيرة وجوز مالك أن يساوم رجلا ثوبا عليه أو سلعة تقدمت رؤيتها. انتهى. وقال الجزولي في شرح الرسالة: ولا يجوز البيع في المسجد ولا الشراء واختلف إذا رأى سلعة خارج المسجد هل يجوز أن يعقد البيع في المسجد أم لا؟ قولان من غير سمسار، وأما البيع بالسمسار فيه فممنوع باتفاق، فإن وقع البيع في المسجد فقال ابن بطال: الإجماع على أنه لا يفسخ وأنه ماض. انتهى من باب السلام والاستئذان. وانظره في الاعتكاف، وقال الشيخ يوسف بن عمر: وإن حضرت السلعة والسوام فذلك حرام. انتهى أوله بالمعنى.

ص: وإنشاد ضالة ش: قال الطرطوشي في كتاب البدع: ولو لم يرفع بذلك صوته ولكن يسأل عن ذلك جلساءه غير رافع صوته فلا بأس بذلك؛ لأنه/ من جنس المحادثة وذلك غير ممنوع. انتهى. يريد غير مكروه كما يفهم من كلامه. فرع: قال القرطبي في شرح مسلم في قوله: إن عمر مر بحسان ينشد الشعر في المسجد فلحظ إليه قال: أي أوماً إليه بعينه أن اسكت، وهذا يدل على أن عمر كان يكره إنشاد الشعر في المسجد، وكان قد بنى رحبة في خارج المسجد، وقال: من أراد أن يلغظ أو ينشد شعرا فليخرج إلى هذه الرحبة، وقد اختلف في ذلك فمن مانع مطلقا، ومن مجيز مطلقا، والأولى التفصيل فما كان يقتضي الثناء على الله تعالى أو على رسوله أو الذب عنهما كما كان شعر حسان، أو يتضمن الحث على الخير فهو حسن في المساجد وغيرها، وما لم يكن كذلك لم يجز؛ لأن الشعر لا يخلو في الغالب عن الكذب والفواحش والتزيين بالباطل، ولو سلم من ذلك فأقل ما فيه اللغو والهذر، والمساجد منزهة عن ذلك لقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتِ أَذُنَ اللَّهِ أَنْ تَرْفَعَ وَيَذْكُرَ فِيهَا اسْمَهُ﴾ ولقوله عليه السلام: {إن هذه المساجد لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هي للذكر والصلاة وقراءة القرآن¹}. انتهى. فرع: قال الطرطوشي في الكتاب المذكور: ولم أر لمالك شيئا في كتابة المصاحف في المساجد. قال: وأما الرجل المتقي الذي يصون المسجد ويكتب المصاحف فظاهره الجواز. انتهى.

فرع: وأما الوضوء في المسجد فقال الفاكهاني في شرح الرسالة في قوله: "ويكره العمل في المساجد من خياطة ونحوها" حكى الباجي في الوضوء في صحن المسجد قولين، والقولان في الواضحة أيضا. قال ابن بشير: رأيت بعض أشياخي توضأ في المسجد، وأظنه بلع المضمضة والاستنشاق أو كلاما هذا معناه. انتهى.

15

1- والذي في صحيح مسلم: إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول ولا القذر إنما هي لذكر الله عز وجل والصلاة وقراءة القرآن، كتاب الطهارة، رقم الحديث 285. وفيه أيضا في كتاب المساجد: إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن، رقم الحديث 537، ط. دار إحياء التراث العربي.

الحديث

نص خليل

وَلِذِي مَاجِلٍ وَبَثْرٍ وَبَرَسَالٍ مَطَرٍ كَمَا يَمْلِكُهُ مَنَعُهُ وَبَيْعُهُ إِلَّا مَنْ خِيفَ عَلَيْهِ وَلَا تَمَنَّ مَعَهُ وَالْأَرْجَحُ بِالثَّمَنِ كَفَضْلٍ بَثْرٍ زَرْعٍ خِيفَ عَلَى زَرْعٍ جَارَةٍ بِهِدْمٍ بَثْرِهِ وَأَخَذَ يُصْلِحُ وَأَجِيرَ عَلَيْهِ كَفَضْلٍ بَثْرٍ مَاشِيَةٍ يَصْحَرَاءَ هَدْرًا إِنْ لَمْ يُبَيِّنِ الْمِلْكِيَّةَ وَبُذِيَ بِمُسَافِرٍ وَلَهُ عَارِيَّةٌ آلَةٍ ثُمَّ حَاضِرٍ ثُمَّ دَابَّةٍ رَبَّهَا بِجَمِيعِ الرِّيِّ وَالْأَفْنَسِ الْمَجْهُودِ.

متن الخطاب

وقال في آخر سماع موسى من كتاب الطهارة: سئل ابن القاسم في الذي يتوضأ في صحن المسجد وضوءاً طاهراً فقال: لا بأس بذلك وتركه أحب إلي، وسئل عنها سحنون فقال لا يجوز. قال ابن رشد: لا وجه للتخفيف في ذلك، وقول سحنون لا يجوز أحسن لقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تَرْفَعَ﴾ فواجب أن ترفع وتنزه عن أن يتوضأ فيها لما يسقط فيها من غسل الأعضاء من أوساخ ولتضمنه فيه أيضاً، وقد يحتاج إلى الصلاة في ذلك الموضع فيتأذى المصلي بالماء المهرق فيه، وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {اجعلوا مطهركم على أبواب مساجدكم} ولقد كره مالك أن يتوضأ رجل في المسجد [وإن سقط⁹²²] وضوءه في طست، وذكر أن هشاماً فعله فأنكر الناس ذلك عليه، ونقله ابن عرفة في كتاب الصلاة، وقال ابن ناجي في شرح الرسالة في هذا المحل: قال الباجي واختلف أصحابنا في الوضوء فأجازه ابن القاسم في صحنه في رواية موسى بن معاوية، وكرهه سحنون لما في ذلك من مج الريق في المسجد. قال الباجي: ورحاب المسجد كالمسجد في التنزيه. انتهى.

قال في المدخل في الكلام على الإمام والبدع المحدث في المسجد لما تكلم على الخلاوي المبنية على سطح المسجد: وقد منع علماؤنا الوضوء في المسجد، ومن كان ساكناً في سطوحه فإنه يتوضأ فيه، وذلك ممنوع كما لو توضأ داخل المسجد لأن حرمة سطحه كحرمة، واختلف في الخطيب إذا أحدث أثناء خطبته أو بعد فراغه هل يجوز له أن يتوضأ في المسجد؟ فروى ابن القاسم أنه لا بأس أن يتوضأ في المسجد في صحنه وضوءاً طاهراً، وكرهه مالك وإن كان في طست، ومن يتوضأ في سطحه أو في البيوت التي فيه إنما يتوضأ في داخل المسجد وذلك ممنوع. انتهى. وظاهره أنه حرام لا يجوز، وأن الخلاف إنما هو في الخطيب فانظره مع ما تقدم.

قال الزركشي من الشافعية في أحكام المساجد: الثامن: قال ابن المنذر: أباح كل من يحفظ عنه العلم الوضوء في المسجد [إلا أن يتوضأ في مكان يبيله ويتأذى⁹²³] الناس به فإنه مكروه، ويشترط أن لا يحصل تمخط بالاستنشاق ولا بصاق بالمضمضة ونحو ذلك من التنخم، وإلا فينتهي إلى التحريم.

وحكى المازري/ عن بعضهم الجواز مع ذلك؛ لأن البصاق إذا خالطه الماء صار في حكم المستهلك فكان كما تقدم، وهو يقتضي أنه مع بقاء العين يحرم ولا شك فيه. قال: وينبغي أن يبلع الماء الذي يتمضمض به للخلاص من ذلك، وتحصل به سنة المضمضة. ثم قال: وحكى عن مالك كراهته تنزيهاً للمسجد. انظر بقية كلامه.

ص: ولذي مَاجِلٍ وَبَثْرٍ ش: نبه بقوله: "مَاجِلٍ وَبَثْرٍ" على أنه لا فرق بين ما ينقص بالاغتراف ولا يخلفه غيره كالمَاجِلِ أو يخلفه غيره كالبَثْرِ.

ص: بهدم بثر ش: هو متعلق بقوله خيف فيفهم منه أنه زرع على ماء وأنه لو زرع على غير أصل

16

1 - عن واثلة بن الأسقع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراكم وبيعكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم وإقامة حدودكم وسل سيوفكم واتخذوا على أبوابها المطاهر وجمروها في الجمع، سنن ابن ماجه، كتاب المساجد، رقم الحديث 750.

922 - في المطبوع وأن يسقط وما بين المعقوفين من م6.

923 - في المطبوع أن لا يتوضأ وما بين المعقوفين من ن عدود ص15. ويحيى ص7. ويم8 م6 ومايأبى12.

الحديث

نص خليل

وَإِنْ سَالَ مَطَرٌ بِمُبَاحٍ سُقِيَ الْأَعْلَى إِنْ تَقَدَّمَ لِلْكَعْبِ وَأَمَرَ بِالتَّسْوِيَةِ وَإِلَّا فَكَحَايِطَيْنِ وَقُسِمَ لِلْمُنْقَابِلَيْنِ كَالنَّيْلِ وَإِنْ مُلِكَ أَوَّلًا قُسِمَ بِقِلْدٍ أَوْ غَيْرِهِ وَأَقْرَعَ لِلتَّشَاحِ فِي السَّبْقِ وَلَا يَمْنَعُ صَيْدَ سَمَكٍ وَإِنْ مِنْ مُلْكِهِ وَهَلَ فِي أَرْضِ الْعَنُوتَةِ فَقَطَّ أَوْ إِلَّا أَنْ يَصِيدَ الْمَالِكُ تَأْوِيلَانِ وَكَلَّا يَفْحَصُ وَعَفَاءٌ لَمْ يَكْتَنِفْهُ زَرْعُهُ بِخِلَافِ مَرْجِهِ وَحِمَاهُ. بَابُ صَحِّ وَقْفٍ مَمْلُوكٍ.

متن الخطاب

[ماء⁹²⁴] لم يجب على جاره دفع فضل مائه له وهو كذلك. قال في المدونة في كتاب حريم الآبار: ولو حرث جار لك على غير أصل ماء له فلك منعه أن يسقي بفضله ماء بئرك التي في أرضك إلا بضمن إن شئت. أبو الحسن: قالوا هذا إذا كان له ثمن. ابن يونس: أما إذا كان لا ثمن له ولا ينتفع صاحبه بفضله فما الذي يمنع الجار أن يبتدئ الزرع عليه؟ وذكره أبو إسحاق. انتهى. وقال ابن رشد في شرح آخر مسألة من نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار: من حق من قرب من المياه أن ينتفع بما فضل منها دون ثمن إن لم يجد له صاحبه ثمنا باتفاق، وإن وجد فعلى / اختلاف. انتهى.

17

ص: وإن سال مطر بمباح سقي الأعلى ش: تصوره ظاهر، وسئلت عن أرض كانت تشرب بالسيول من قديم الزمان بغير تسبب للماء ثم يمر [الماء⁹²⁵] بعد شربها إلى أرض أسفل منها، ثم إن السيول تكاثرت وعظمت فأخرجت مشربها وأحالت الماء من ممره القديم إلى ممر آخر فصار يسقي السفلى، وتعطلت العليا واندرس مشربها مدة سنين، فأراد أهل العليا أن يعمرؤا مشربهم ويتسببوا للماء فمنعهم أهل السفلى فهل لهم ذلك أم لا؟ فأجبت أولا لأهل الأرض العليا أن يعمرؤا مشربهم المندرس، وليس لأهل السفلى منعهم من ذلك، وليس لأهل الأرض العليا أن يسدوا المشرب الذي أحدثته السيول للماء قبل بلوغه إلى أرضهم؛ لأن الماء غيث يسوقه الله إلى من يشاء. قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ صَرَفْنَاهُ بَيْنَهُمْ لِيَذْكُرُوا﴾ يريد المطر، فإذا صرفه إلى قوم فلا ينبغي لأحد أن يقطعه عنه، ثم حصل عندي توقف في ذلك لكون الأرض التي تسقى أسفل من الأرض الأخرى، أما إذا كان المشرب الذي انفتح تشرب به أرض أعلى من أرض هؤلاء الذين يريدون سد المشرب المنفتح فليس لهم ذلك بلا توقف، وقطعت السؤال الذي كتبت عليه الجواب أولا. والله أعلم. والمسألة في سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار، ونقله في النوادر ونقله ابن عرفة. والله سبحانه أعلم.

18

ص: باب صح وقف مملوك ش: قال ابن عرفة: الوقف مصدرا إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا، فتخرج عطية الذوات والعارية والعمرى والعبد المخدم حياته يموت قبل موت ربه؛ لعدم لزوم بقائه في ملك معطيه لجواز بيعه برضاه مع معطاه، وقول ابن عبد السلام: إعطاء منافع على سبيل التأبيد يبطل طرده بالمخدم حياته، ولا يرد بأن جواز بيعه [يمنع⁹²⁶] اندراجه تحت التأبيد؛ لأن التأبيد إنما هو في الإعطاء وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه، وهو اسما ما أعطيت منفعته مدة إلى آخره، وصرح الباجي ببقاء ملك المحبس على محبسه، وهو لازم تزكية حوائط الأحباس على ملك محبستها، وقول اللخمي: آخر الشفعة الحبس يسقط ملك

الحديث

924 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص16. ويحيى ص7. ويم8 م6 ومايأبي12.

925 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص17. ويحيى ص7. ويم8 م6 ومايأبي13.

926 - في المطبوع ممنوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص18. ويحيى8. ويم8 م6 ومايأبي13.

متن الخطاب المحبس غلط. انتهى. ويخرج من حد ابن عرفة الحبس غير المؤبد، وقد صرح بجوازه ابن الحاجب والمصنف. ثم قال ابن عرفة: وهو مندوب إليه لأنه من الصدقة، ويتعذر عروض وجوبه بخلاف الصدقة. انتهى. وقال في المقدمات: والأحباس سنة قائمة عمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون من بعده. انتهى. وقال في الباب: حكمه الجواز خلافاً لأبي حنيفة، وحقيقته لغة الحبس، وشرعا حبس عين لمن يستوفي منافعتها على التأييد. انتهى.

قال النووي: وهو مما اختص به المسلمون قال الشافعي رضي الله عنه: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرأ بحبسها وإنما حبس أهل الإسلام. انتهى. وقوله: "مملوك" تصوره واضح، واحتراز به من وقف الإنسان نفسه على نوع ما من العبادات. كذا ذكر ابن عبد السلام عن الغزالي، ولما كان كلامه شاملاً لكل مملوك بين ما هو داخل وما فيه تردد بقوله: "وإن بأجرة" إلى قوله "تردد"، وظاهر كلامه سواء كان مشاعاً أو غير مشاع. قال ابن الحاجب: يصح في العقار المملوك لا المستأجر من الأراضي والديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار والقناطر والمقابر والطرق شائعاً وغيره.

قال في التوضيح: قوله شائعاً أو غيره؛ يعني يجوز وقف العقار سواء كان شائعاً كما لو وقف نصف دار أو غير شائع، ولا يريد المصنف أنه يجوز وقف المشاع من غير إذن شريكه، فإن ذلك لا يجوز ابتداءً؛ أعني فيما لا يقبل القسمة، واختلف إن فعل هل ينفذ تحبيسه أم لا؟ وعلى الثاني اقتصر اللخمي آخر الشفعة. قال: لأن الشريك لا يقدر على بيع جميعها، وإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلحه معه واختار ابن زرب الأول. اللخمي: وإن كانت مما تنقسم جاز له الحبس إذ لا ضرر عليه

في ذلك، وسأل ابن حبيب ابن الماجشون / عمن له شرك في دور ونخل مع قوم فتصدق بحصته من ذلك على أولاده أو غيرهم صدقة محبسة، ومنها ما ينقسم، ومنها ما لا ينقسم، ومن الشركاء من يريد القسم قال: ينقسم بينهم ما انقسم فما أصاب المتصدق منها فهو على التحبيس، وما لا ينقسم بيع، فما أصاب المتصدق من الثمن في حصته اشترى به ما يكون صدقة محبسة في مثل ما سبيلها فيه المتصدق، واختلف هل يقضى عليه بذلك؟ انتهى. وبعضه في ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة: وإطلاق ابن شاس وابن الحاجب إجازته في الشائع كقولها في آخر الشفعة. قال مالك: إن حبس أحد الشريكين في دار حظه منها على رجل وولده وولد وولد فباع شريكه حظه منها فليس له ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة إلا أن يأخذه بالمحبس فيجعله في مثل ما جعل حظه فيه. اللخمي: إن كانت الدار تحمل القسم جاز الحبس؛ إذ لا ضرر على شريكه بذلك إن كره البقاء على الشركة قاسم.

قلت: هذا على أن القسم تمييز حق، وعلى أنه بيع يؤدي إلى بيع الحبس، إلا أن يقال الممنوع بيعه ما كان معيناً لا المعروض للقسم؛ لأنه كالمأذون في بيعه من محبسه قال: وإن كان مما لا ينقسم فللشريك رد الحبس.

قلت: ومثله في نوازل الشعبي. قال: وإن كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذي السفل؛ لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلحه ولرب السفل رد تحبيس ذي العلو للضرر متى وهى منه ما يفسد سفله. والحائط كالدار فيما ينقسم وما لا ينقسم.

قلت: ومثل إطلاقها في تحبيس الشريك في الدار وقع في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم

متن الخطاب من الشفعة، فتكلم فيه ابن رشد بحكم الشفعة وأعرض عن حكم الحبس المشاع، ولا بن سهل عن ابن زرب: اختلف أهل العلم فيمن له حصة في دار لا تنقسم فحبسها فقال بعضهم تحبسه لا ينفذ وأجازه بعضهم وبإجازته أقول، ثم ذكر كلام ابن الماجشون. ثم قال: قلت: في جواز تحبيس مشاع ربع ورثوه مشترك فيه مطلقا ووقفه على إذن شريكه فيما لا ينقسم، وإلا بطل، ثالثها يجوز مطلقا، ويجعل ثمن الحظ المحبس مما لا ينقسم مثل ما حبسه فيه لظاهرها مع ظاهر سماع ابن القاسم، ونص ابن زرب عن اللخمي والمذهب وابن حبيب مع ابن الماجشون، ويتخرج القول بالجواز في العلو والسفل. انتهى. وأقوى الأقوال الثاني لجعله اللخمي المذهب. ابن عرفة: المتيطي: إن أقر بعض الورثة بتحبيس ربع [ورثوه]⁹²⁷ نفذ إقراره في حظه فقط.

قلت: مثله في النوادر لعبد الملك، وظاهره نفوذه مطلقا ولو كان فيما لا ينقسم، وهذا على القول بجوازه مطلقا في تحبيس المشاع واضح، وعلى وقفه على إذن شريكه فيه نظر. قال: وأشد ما على المنكر الحلف على أنه لا يعرف أن المحبس حبس عليهم. قلت: يريد إن كان ممن يظن به العلم. قال: وليس له رد اليمين؛ لأن الحبس لا يملك ملك المبيع؛ لأن مصيره للأعقاب والمرجع، ولا يحلف أحد عن أحد ولو نكل إذا ردت اليمين عليه لم يبطل الحبس عليه بنكوله فهذه وجوه تمنع رد اليمين في الحبس [وللباجي اختلف⁹²⁸] هل على المنكر يمين؟ فقال بعضهم عليه اليمين، وبعضهم لا يمين عليه. ابن زرب: نزلت في رجل حبس مالا وثبت حوزة فادعى بعض ورثته أن الحبس رجع إليه وسكن فيه حتى مات وأراد تحليف المحبس عليهم فقلت لا يمين عليهم، وقال بعض فقهاء عصرنا عليهم اليمين، وهو عندي خطأ. انتهى.

وقول ابن الحاجب والمقابر نقله ابن عرفة عن اللخمي. ثم قال: يريد بالمقابر المتخذة حيث يجوز اتخاذها. سمع ابن القاسم ثم ذكر كلام السماع مختصرا، ولنأت بالسماع من أصله، ونصه: وسئل عن فناء قوم كانوا يرمون فيه وفيه [غرض⁹²⁹] لهم، ثم إنهم غابوا عن ذلك فاتخذ مقبرة، ثم جاؤوا فقالوا نريد أن نسوي هذه المقابر ونرمي على حال ما كنا نرمي فقال مالك: أما ما قدم منها فأرى ذلك لهم، وأما كل شيء جديد فلا أحب لهم درس ذلك. ابن رشد: أفنية الدور المتصلة / بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأمالك المحوزة التي لأربابها تحجيرها على الناس؛ لما للمسلمين من الارتفاق بها في مرورهم إذا ضاق الطريق عنهم بالأحمال وشبهها، إلا أنهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون إليه من الرمي وغيره، فمن حقهم إذا اتخذت مقبرة في مغيبهم أن يعودوا إلى الانتفاع بالرمي فيها إذا قدموا، إلا أنه كره لهم درسها إذا كانت جديدة مسنمة لم تدرس ولا عفت لما في درس القبور، وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لأن يمشي أحدكم على الرضف خير له من أن يمشي على قبر أخيه¹} وقال: {إن الميت يؤذيه

20

1 - لأن يمشي أحدكم على الرضف خير له من أن يمشي على قبر أخيه، البيان، ج2، ص220. ولفظ مسلم لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده خير له من أن يجلس على قبر. كتاب الجنائز، رقم الحديث 971.
2 - كشف الخفاء، ج1 ص299، ط. مؤسسة الرسالة.

927 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص19. ويم8 وم7 ومايأبى14.

928 - في المطبوع والباجي وما بين المعقوفين من م7 ويم7 ومايأبى14 ويحيى354

929 - في المطبوع عرض ومايأبى14 وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص19. ويحيى8. ويم9 م7.

متن الخطاب في قبره ما يؤذيه في بيته { وقال ابن أبي زيد: إنما يكره درسها؛ لأنها من الأفنية، ولو كانت من الأملاك المحوزة لم يكره ذلك وكان لهم الانتفاع بظاهرها، وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: واروا في باطنها وانتفعوا بظاهرها. قال ابن رشد: ولو كانت من الأملاك المحوزة قد دفن فيها بغير إذنهم لكان من حقهم نبشهم منها وتحويلهم إلى مقابر المسلمين، وقد فعل ذلك بقتلى أحد لما أراد معاوية إجراء العين التي إلى جانب أحد أمر مناديا فنادى في المدينة من كان له قتيلى فليخرج إليه وينبشه وليحوله. قال جابر: فأتيانهم فأخرجناهم من قبورهم رطابا لينين. انتهى. ابن عرفة: في استدلاله بفعل معاوية نظراً؛ لأن قتلى أحد ما أقبروا إلا حيث جاز إقبارهم، واستدلاله بإخراجهم يوهم كون القبر غير حبس، والأقرب أنه فعله لتحصيل منفعة عامة حاجية حسبما يأتي في بيع الحبس لتوسعة جامع الخطبة، ولابن عات سئل بعضهم أيجوز حرث البقيع بعد أربعين سنة دون دفن فيه وأخذ ترابه للبناء؟ قال: الحبس لا يجوز أن يملك. انتهى. ولم يظهر لي في تعقيب ابن عرفة وجلبه لهذا الكلام كبير فائدة فتأمل. والله أعلم.

ص: وإن بأجرة ش: هذا خلاف قول ابن الحاجب المتقدم لا المستأجر. قال ابن عبد السلام: في قول ابن الحاجب المملوك: ويمكن أن يريد المؤلف بهذا القيد اشتراط ملك الرقبة، وأن ملك المنفعة وحدها لا يكفي في التحبیس، ويدل على ذلك قوله: "لا" ⁹³⁰ [المستأجر] فيكون مراده المملوك رقبته لا منفعته بخصوصيتها، والأحسن أن يظهر [نائب فاعل] ⁹³¹ اسم المفعول، فيقول المملوك رقبته ويقول [لا منفعته] ⁹³² ويبقى مطلق المنفعة المقابل للرقبة ولا يختص ذلك بمنفعة الاستئجار. انتهى.

وقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب ويصح في العقار المملوك لا المستأجر اختصار لقول ابن شاس: لا يجوز وقف الدار المستأجرة، وفي كون مراد ابن شاس [نفى] ⁹³³ [وقف مالك منفعتها أو [بيعتها] ⁹³⁴ نظر، وفسره ابن عبد السلام في لفظ ابن الحاجب بالأول، وهو بعيد لخروجه بالمملوك، والأظهر الثاني، وفي نقله الحكم بإبطاله نظر لأن الحبس إعطاء منفعة دائماً، وأمد الإجارة خاص، [فالزائد] ⁹³⁵ [عليه يتعلق به الحبس لسلامته من المعارض ثم في لغو حوز المستأجر للحبس فيفتقر لحوزه بعد أمد الإجارة وصحته له، فيتم من حين عقده قولان مخرجان على قولي ابن القاسم وأشهب في لغو حوز المستأجر ما في إجارته لمن وهب له بعد إجارته وصحته له. انتهى. والذي استظهره في كلام ابن شاس فهمه القرافي عليه، ونصه: فرع: قال في الجواهر: يمنع وقف الدار المستأجرة لاستحقاق منافعها للإجارة، فكأنه وقف ما لا ينتفع به، ووقف ما لا ينتفع به لا يصح. انتهى. وهذا التوجيه ليس بظاهر، بل الظاهر قول ابن عرفة بصحة الحبس فتأمل. والله أعلم. واستبعاد ابن عرفة حمل ابن عبد السلام قول ابن الحاجب على المعنى الأول ليس بظاهر؛ لقوله في ترجمة الإجارة في الصناعات من كتاب الإجارة من المدونة: ولا بأس أن

930 - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من م7.

931 - في المطبوع فاعل وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

932 - في المطبوع لا منفعة وما بين المعقوفين من يحيى 355 وما يابى 15 ويم 38 وم7.

933 - في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ن عدود ص20. ويحيى ص8 ويم 10 م7 وما يابى 15.

934 - في المطبوع وما يابى 15 يم 10 ويحيى 9 م7 باتعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص20.

935 - في المطبوع بالزائد وما بين المعقوفين من م7 ويحيى 355 وما يابى 15 وسيد4.

متن الخطاب

21

يكري أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت كان النقص له. انتهى. ونقله المصنف في الإجارة، ولأن الوقف لا يشترط فيه التأييد، إلا أن كلام ابن عرفة جار على ما قدمه في حد الوقف، وتقدم أنه يخرج من حده الحبس غير المؤبد. قال الرصاع في شرح حدود ابن عرفة: فإن قلت إذا اكترى أرضاً عشر سنين ليصيرها حبساً مسجداً في تلك المدة فكيف يصدق عليها حد الشيخ؛ يعني ابن عرفة؟ قلت: هذه الصورة ذكروها في الحبس وقالوا: لا يشترط كون المحبس مالك الرقبة بل ما هو أعم كالمنفعة، وإلى ذلك أشار خليل بقوله: "وإن بأجرة" فيحتاج هذا إلى تأمل في دخولها. انتهى كلام الرصاع. والله أعلم.

ص: ولو حيواناً ش: تصوره واضح.

فرع: وأما الثياب فقال ابن عرفة: وفي الثياب [طريقاً للخمى في جوازه فيها]⁹³⁶ ومنعه قولان لها، ولنقل ابن العطار مع القاضي الباجي لابن القاسم في العتبية لم أسمع من مالك في الثياب شيئاً، ولا بأس به، وأجازه أشهب، فعلى جوازه يلزم لموافقته الشرع وكونه من العقود اللازمة، وعلى كراهته ففي جوازه ولزومه روايتان.

قلت: يريد بالجواز عدم اللزوم [لا أحد أقسام الحكم الخمسة]⁹³⁷ [وإلا لزم كون قسيم الشيء قسماً منه، وهو محال. انتهى. ثم قال: وقول للخمى والمتيطي الأصل في تحبيس ما سوى الأرض قوله صلى الله عليه وسلم: {من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فإن شبعه وريه في ميزانه 1} أخرجه البخاري، وهو شنيع في فهمه إن ضبط بآء حبس بالتخفيف، وفي روايته إن ضبطها بالتشديد، وفي مثل هذا كان بعض من لا يقيناه يحكي عن بعض شيوخه أنه كان يقول استدلالات بعض شيوخ مذهبنا لا ينبغي ذكرها خوف اعتقاد سامعها، ولا سيما من هو من غير أهل المذهب أن حال أهل المذهب أو جلهم مثل هذا المستدل، قال: ولقد رأيت لبعض متكلمي المتقدمين رداً على المنجمين وددت أنه لم يقله لسخافته، ورأيت للآمدي رداً عليهم [ليس منصفاً]⁹³⁸ وقف عليه. انتهى.

قلت: كلامه رحمه الله يقتضي أن لفظ الرواية في البخاري حبس بتخفيف الباء على وزن [نصر]⁹³⁹ والذي في البخاري في كتاب الجهاد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: {من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً وتصديقاً بوعده [فإن]⁹⁴⁰ شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة 2} انتهى. فلفظ البخاري احتبس على وزن افتعل، وكذلك نقله المنذري في الترغيب والترهيب

الحديث

- 1 - أنه سمع أبا هريرة رضي الله عنه يقول قال النبي صلى الله عليه وسلم من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة، البخاري في صحيحه، دار الفجر، القاهرة 2005، رقم الحديث 2853.
- 2 - الحديث السابق رقم 1.

936 - في المطبوع طريقان للخمى في جوازها ومنعه ويم 10 م 7 والمواق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 20. ويحيى ص 9 ومايأبى 16.

937 - في لا أحد أحكام الأقسام وما بين المعقوفين من م 8 ويحيى 355 ومايأبى 16.

938 - في مختصر ابن عرفة مخطوط ص 355 وم 8 ومايأبى 16 وسيد 4 يسر منصفاً ص 21.

939 - كذا في جميع النسخ.

940 - في المطبوع فكان والذي في البخاري فإن وهو الذي في م 8.

كَعْبِدٍ عَلَى مَرْضَى لَمْ يَقْصِدْ ضَرَرَهُ وَفِي وَقْفٍ كَطَعَامٍ تَرَدُّدٌ عَلَى أَهْلِ اللَّتَمْلُكِ كَمَنْ سَيُولَدُ.

عن البخاري، ومقتضى كلام ابن عرفة رحمه الله أن حبس بالتخفيف ليس معناه أوقف، وهو مخالف لما قاله القاضي عياض في المشارق، ونصه: في باب الجامع في قوله: وأما خالد فإنه احتبس أدراعه أي أوقفها في سبيل الله، واللغة الفصيحة أحبس. قاله الخطابي. ويقال حبس مخففاً وحبس مشدداً. انتهى. فدل كلام القاضي على أن حبس بالتخفيف بمعنى حبس بالتشديد وهو الوقف، فصح ما قاله اللخمي والمتيطي، هذا إذا كانا نقلًا الحديث بلفظ حبس، وإن كانا نقلًا بلفظ احتبس كما هو في صحيح البخاري فحرفه النسخ، فمعنى احتبس أوقف كما تقدم. وكذا قال النووي وغيره، فصح ما قاله إن الحديث المذكور أصل في تحبیس ما سوى الأرض، وكذا حديث خالد كما قاله القاضي عياض في شرح مسلم، وبقي النظر فيما اقتضاه كلامه من أن الرواية حبس فإنه خلاف ما في صحيح البخاري. والله أعلم.

ص: كعبد على مرضى ش: انظر المتيطي.

ص: وفي وقف طعام تردد ش: / أتى بالكاف لتدخل المثليات، ويشير بالتردد لما ذكره في الجواهر من منع وقف الطعام إن حمل كلامه على ظاهره، وما ذكره في البيان أن وقف الدنانير والدراهم وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه مكروه.

تنبيه: قال في الشرح الكبير: في هذا التردد نظر؛ لأنك إن فرضت المسألة فيما إذا قصد بوقف الطعام ونحوه بقاء عينه فليس إلا المنع؛ لأنه تحجير من غير منفعة تعود على أحد، وذلك مما يؤدي إلى فساد الطعام المؤدي إلى إضاعة المال، وإن كان على معنى أنه أوقفه للسلف إن احتاج إليه محتاج ثم يرد عوضه فقد علمت أن مذهب المدونة وغيرها الجواز، والقول بالكراهة ضعيف، وأضعف منه قول ابن شاس إن حمل على ظاهره. والله أعلم. انتهى.

قال في التوضيح: ولعل مراد المصنف -يعني ابن الحاجب- وابن شاس أنه لا يصح وقفه بشرط بقاء عينه. انتهى. وقال في الشامل: وفيها جواز وقف الدنانير والدراهم وحمل عليه الطعام، وقيل يكره. انتهى.

ص: على أهل للتملك ش: هذا الضابط ليس بشامل لخروج نحو المسجد والقنطرة منه، والصواب ما قاله ابن عرفة المحبس عليه ما جاز [صرف⁹⁴¹] منفعة الحبس له أو فيه، وإن كان معينا يصح رده اعتبر قبوله. ابن شاس: لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله إلا أن يكون معينا أهلاً للرد والقبول، وفي كون قبوله شرطاً في اختصاصه به أو في أصل الوقف خلاف. انتهى.

ص: كمن سيولد له ش: تصويره واضح. ولا معارضة بينه وبين قوله بعد هذا: "كعلى ولدي ولا ولد له" في كونه جعل له ببيعته؛ لأنه هنا تكلم على صحة الوقف وهناك على لزومه وهما متغايران. قال ابن عرفة: المتيطي: المشهور المعمول عليه صحته على الحمل. ابن الهندي: زعم بعضهم أنه لا يجوز على الحمل، والروايات واضحة بصحته على من سيولد له، وبها احتج الجمهور على الحمل، وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولاً ابن القاسم ومالك لنقل الشيخ، روى محمد بن المواز وابن عبدوس

لمن حبس على ولده ولا ولد له بيع ما حبسه ما لم يولد له، ومنعه ابن القاسم قائلاً لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته.

قلت: يرد بأنه لما لزم بوجوده استمر ثبوته لوجود متعلقه، وقبله لا وجود لمتعلقه حكماً، والأولى احتجاج غيره بأنه حبس قد صار على مجهول من يأتي فصار موقوفاً أبداً، ومرجعه لأولى الناس بالمحبس ولهم فيه متكلم. انتهى. وهو قريب من قول ابن الماجشون. قال ابن الحاحب: ولو قال على أولادي ولا ولد له ففي جواز بيعه قبل إياسه قولان. ابن الماجشون: يحكم بحبسه ويخرج إلى يد ثقة ليصح الحوز وتوقف ثمرته، فإن ولد له فلهم، وإلا فلاقرب الناس إليه. قال في التوضيح: قول ابن الماجشون ثالث يرى أن الحبس قد تم، وإن لم يولد له رجع إلى أقرب الناس بالمحبس، وقوله: "فإن ولد له فلهم" أي الحبس والثمرة، وإذا بقي وقفاً عليهم رد إليه لأنه يصح حوزة لولده. قاله الباجي. انتهى. ومن التوضيح عن ابن القاسم قال: وإن مات قبل أن يولد له صار ميراثاً. انتهى.

مسألة: سئلت عنها وهي رجل قال في كتاب وقفه أوقف كاتبه الدار الفلانية على ولده فلان ثم بعده على أولاده الثلاثة فلان وفلان وفلان وعلى من يحدثه الله له من الأولاد هل الضمير في قوله: "له" يرجع إلى الواقف، أو إلى الولد؟ فأجبت: أن الظاهر عوده على الولد؛ لأنه الأقرب، وهو الذي يدل عليه السياق. فقال السائل: إن الواقف قال في وصيته إني أوقفت الدار على ولدي فلان وعلى من يحدثه الله لي من الأولاد فبين مرجع الضمير؟ فأجبت بأنه يقبل قوله، فإن ابن رشد قال في أجوبته: يجب أن يتبع قول المحبس في وجوه تحبسه، فما كان من نص جلي لو كان حياً فقال إنه أراد ما يخالفه لم يلتفت إلى قوله، ووجب أن يحكم به ولا يخالف حده فيه إلا أن يمنع منه مانع من جهة الشرع، وما كان من كلام محتمل لوجهين فأكثر حمل على أظهر احتمالاته، إلا أن يعارض أظهرهما أصل فيحمل

على/ الأظهر من باقيها إذا كان المحبس قد مات، ففات أن يسأل عما أراد بقوله من احتمالاته فيصدق فيه؛ إذ هو أعرف بما أراد وأحق ببيانه من غيره. انتهى. فعلم منه [أنه⁹⁴²] إذا كان حياً، وفسر اللفظ بأحد احتمالاته قبل تفسيره ولو كان خلاف الظاهر، ولا يقبل قوله في الصريح إذا ادعى أنه أراد خلاف معناه. والله أعلم. ثم رأيت في مسائل الحبس من البرزلي إذا قال حبس على فلان وكل ولد يحدثه الله له فقط. فالضمير عائد على الابن المحبس عليه لدلالة اللفظ عليه؛ لأن الضمير يعود على الأقرب. انتهى.

فرع: قريب من هذا المعنى قال القرافي في الذخيرة في باب الحبس من كتاب الدعوى: فرع: وقع فيه النزاع بين فقهاء العصر، وهو بعيد ينبغي الوقوف عليه، وهو إذا قال الواقف فمن مات منهم فنصيبه لأهل طبقة، وقد تقدم قبل هذا الشرط ذكر الواقف فبقي الضمير داثراً بين طبقة الواقف والموقوف عليه، فينبغي تعيين المقصود في الكتابة، وإذا نص على طبقة الموقوف عليه فيميز بين الأخ وابن العم؛ [لأنه⁹⁴³] مع ابن عمه الجميع أولاد عم وهو مع أخيه الكل إخوة فكلا الجهتين طبقة واحدة، فينبغي

942 * - ساقطة من المطبوع والمثبت من يحيى 9 وم 9 وميأبى 17 ويم 39.

943 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 23. ويحيى 10 ويم 11 م 9 وميأبى 17.

نص خليل وَذِمِّي وَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ قُرْبَةً أَوْ يَشْتَرِطَ تَسْلِيمَ غَلَّتِهِ مِنْ نَظَرِهِ لِيَصْرِفَهَا أَوْ كَكِتَابٍ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ صَرْفِهِ فِي مَصْرِفِهِ وَبَطَلَ عَلَى مَعْصِيَةٍ وَحَرْبِي وَكَافِرٍ لِكَمْسَجِدٍ.

متن الخطاب أن يبين ذلك؛ فيقول من إخوته أو يقول الأقرب فالأقرب، فيتعين الأخ فإنه وإن كان في الطبقة وابن العم كذلك إلا أن الأخ أقرب، فإن قال الأقرب فالأقرب فأفتوا بالتسوية في الشقيق والأخ للأب، فإن حجب الشقيق له ليس بالقرب بل [بالقوة،⁹⁴⁴] فإن قال طبقته وسكت فأفتى بعضهم بالأخ دون ابن العم. قال: لأنه حمل [للفظ⁹⁴⁵] على أتم [موارده،⁹⁴⁶] وبعض الفقهاء يتوهم أنه إذا قيل في طبقته فلا احتمال فيه، وليس كما قال لما بينت لك. انتهى. وقوله فلا احتمال فيه أنه إذا قيل في طبقته فإنما يدخل الإخوة فقط دون [بني العم⁹⁴⁷] من غير احتمال، فحاصله أنه إذا قيل رجع نصيبه لمن في طبقته ولم يزد على ذلك إنما يتنزل منزلته إخوته فقط دون بني عم؛ إما أصالة كما قال بعضهم، أو يحمل اللفظ على أتم [موارده⁹⁴⁸] كما قاله القرافي. والله أعلم. وهو فرع حسن.

ص: وذمي ش: ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله يجوز الوقف على الذمي وقبله ابن عبد السلام ولا أعرف فيها نصا للمتقدمين، والأظهر جريها على حكم الوصية. انتهى. وقال المواق: في نوازل ابن الحاج: من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز لقوله تعالى: ﴿وَيُطْعَمُونَ﴾ ونقله ابن غازي في قول المصنف: "وأقاربه أقارب جهتيه وإن نصارى".

ص: وبطل على معصية ش: وانظر الوقف على المكروه والظاهر أنه إن كان مختلفا فيه فإنه يمضي وإن/ اتفق على كراهته فلا يصرف في تلك الجهة ويتوقف في بطلانه أو صرفه إلى جهة قرينة، وكذا قال الشيخ أبو عبد الله ابن الحاج في المدخل في فصل الأذان جماعة بعد أن قرر أن الأذان جماعة على صوت واحد [بدعة مكروهة.⁹⁴⁹] قال: وفعلهم ذلك لا يخلو إما أن يكون لأجل الثواب، فالثواب لا يكون إلا بالاتباع، أو لأهل الجامكية، والجامكية لا تصرف في بدعة، كما أنه يكره الوقف عليها ابتداء. انتهى.

ص: وكافر لكمسجد ش: قال في الإكمال في كتاب الصلاة لما تكلم على بناء مسجده صلى الله عليه وسلم: قال المازري: أما نبش القبور وإزالة الموتى، فيمكن أن يقال لعله أن أصحاب الحائط لم يملكوهم تلك البقعة على التأبيد، أو لعله تحبب وقع منهم في حال الكفر، والكافر لا تلزمه القرينة كما قالوا إذا أعتق عبدا وهما كافران أن له أن يرده في الرق قبل إسلامهما ما لم يخرج من [يده⁹⁵⁰] ولم [يقدر⁹⁵¹] أن أيدي أصحاب الحوائط زالت عن القبور لأجل من دفن فيها. قال عياض: لا يشترط في تحبب أهل الكفر بقاء أيديهم أو زوالها؛ إذ القرينة لا تصح منهم وعقودهم فيها غير لازمة، فلهم عند أسيانها بلا خلاف الرجوع في أحباسهم ومنعها والتصرف فيها كيف شاؤا، ويفترق من العتق الذي شرط في إمضائه

24

الحديث

944 - في المطبوع بالقرعة وما بين المعقوفين من ن ذي ويحيى ص10 ويم11 ومايأبي17.
 945 * - في المطبوع اللفظ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايأبي18 وسيد5.
 946 * - في المطبوع مراده وما بين المعقوفين من يحيى356 ومايأبي18 وسيد5 ويم39 الذخيرة ج8 ص204.
 947 - في المطبوع بني عم العم وما بين المعقوفين من ن عدود ص23. ويحيى10 ويم11 م9 ومايأبي18.
 948 - في المطبوع و م. ص9 مراده وما بين المعقوفين من ن عدود ص23. ويحيى10 ويم11 ومايأبي18.
 949 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص24. ويحيى11 ويم11 وم9 ومايأبي18.
 950 - في المطبوع ببلده وما بين المعقوفين من م9 وسيد5.
 951 - في المطبوع يقر وما بين المعقوفين من ن عدود ص24. ويحيى11 ويم11 وم9 ومايأبي18.

أَوْ عَلَى بَنِيهِ دُونَ بَنَاتِهِ أَوْ عَادَ لِسُكْنَى مَسْكَنِهِ قَبْلَ عَامٍ أَوْ جُهِلَ سَبْقُهُ لِدَيْنٍ إِنْ كَانَ عَلَى مَحْجُورِهِ أَوْ عَلَى نَفْسِهِ وَلَوْ بِشَرِّكَ أَوْ عَلَى أَنْ النَّظَرَ لَهُ.

نص خليل

شيوخنا خروجهم من يده إذ صار ذلك حقا للمعتق برفع يده عنه وتسريحه إياه وتمليكهم نفسه فأشبهه عقود هباتهم وأعطيتهم اللازمة. انتهى.

متن الخطاب

ص: وعلى بنيه دون بناته ش: أما إذا لم يجعل [لهن⁹⁵²] نصيبا فظاهر، وإذا شرط إخراجهن إذا تزوجن فصرح في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس بأن ذلك من إخراج البنات من الحبس، وأنه يبطل، وانظر لو حبس على البنات دون البنين، وظاهر كلام المتطبي أنه صحيح فإنه لما ذكر صفة ما يكتب في اشتراط المحبس أن يكون الحبس لبنيه دون بناته عقبه بالخلاف في صحة ذلك، ثم ذكر بعده صفة ما يكتب في اشتراط المحبس أن يكون الحبس لبناته دون بنيه ولم يذكر فيه خلافا، فدل كلامه على أنه جائز. والله أعلم. وهو أيضا ظاهر كلام مالك في العتبية وكلام ابن رشد عليها، ونص كلام مالك في آخر الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، وهي آخر مسألة منه: سئل مالك عن رجل تصدق [على بناته بصدقة حبسا،⁹⁵³] فإذا انقرض بناته فهي لذكور ولده وهو صحيح [فبطل ذلك لهن،⁹⁵⁴] فيكون للإناث حتى يهلكن جميعهن، وللرجل يوم هلكن كلهن ولد وولد ولد ذكور، فقال ولد الولد نحن من ولده ندخل في صدقة جدنا، وقال ولده لصلبه نحن آثر وأولى، فقال مالك: أرى أن يدخل معهم ولد الولد.

قال ابن رشد: قوله إنه يدخل ولد الولد بقوله: فهي لذكور ولده صحيح على المشهور في المذهب؛ لأن ولد الولد الذكر بمنزلة الولد إذا لم يكن ولد في الميراث فلما كان له حكم الولد في الميراث وجب أن يدخل في الحبس، وكذلك يدخل مع بناته لصلبه إذا تصدق على بناته بصدقة حبس بنات بنيه الذكور؛ لأن بنت الابن بمنزلة [الابنة⁹⁵⁵] في الميراث إذا لم يكن ابن ولا ابنة فلا شيء لذكور ولد المحبس في هذه المسألة حتى تنقرض بناته وبنات بنيه الذكور. انتهى. فقول ابن رشد فلا شيء لذكور ولد المحبس إلى آخره مع جواب مالك عما سئل عنه من دخول ولد الولد مع الأولاد، وعدم تعرضه للحكم في تخصيص البنات دون البنين يدل على جواز ذلك، ولو لم يكن ذلك جائزا لما سكنت عنه فتأمله. والله أعلم.

25

ص: أو عاد لسكنى منزله قبل عام ش: وأما إن عاد إلى السكنى بعد عام فلا يبطل، وهذا في حق من يحوز لنفسه، وأما من يحوز له الواقف فإنه إن عاد إلى السكنى بطل الحبس والهبة. انظر التوضيح وابن عرفة في كتاب الهبة، وانظر كلام الشيخ زروق في شرح [قول⁹⁵⁶] الرسالة: "فإن لم يدع سكناه حتى مات بطلت".

ص: أو على أن النظر له ش: هذا إذا لم يكن على صغار ولده أو من في حجره، وأما من كان كذلك فهو الذي يتولى حيازة وقفهم والنظر لهم كما صرح به في المدونة وغيرها. والله أعلم.

الحديث

952 - في المطبوع وما يابى 18 م 9 ويم ص 11 لهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 24. ويحيى ص 11.

953 - في المطبوع بناته حبسا وما بين المعقوفين من ما يابى 18 م 9 ويحيى 357 ويم 39.

954 - في المطبوع مبتل ذلك لهذا وما بين المعقوفين من ما يابى 18 م 9 ويحيى 357 ويم 39.

955 - في المطبوع الابن وم 9 ويم ص 12 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 24. ويحيى 11 وما يابى 18.

956 - في المطبوع وما يابى 19 ويحيى 11 شرح الرسالة وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 25. ويم 12 م 9.

نص خليل

أَوْ لَمْ يَحْزُهُ كَبِيرٌ وَقَفَ عَلَيْهِ وَلَوْ سَفِيهًا أَوْ وَلِيٌّ صَغِيرٌ أَوْ لَمْ يُخَلْ بَيْنَ النَّاسِ وَبَيْنَ كَمَسْجِدٍ قَبْلَ فَلْسِهِ وَمَوْتِهِ وَمَرَضِهِ.

متن الخطاب

مسألة: سئلت عن رجل أوقف وقفا وشرط النظر لنفسه مدة حياته، وحكم بصحة الوقف قاض مالكي، فانتقل القاضي المذكور والواقف بالوفاة بعد مدة، فدعت زوجة الواقف أولاده إلى قاض مالكي آخر في ميراثها من الأرض الموقوفة فأظهروا كتاب الوقف، فأبطله وحكم لها بإرثها فهل يصح نقض الثاني أم لا؟ فأجبت: حكم القاضي الأول بصحة الوقف مخالف لمذهب إمامه وقد أخطأ في ذلك، ولكن لا يجوز لغيره أن ينقضه إذا كان ذلك القاضي الأول ممن تنفذ أحكامه؛ بأن يكون غير معروف بالجور، وأنه يعتمد [الأمر الباطنة،⁹⁵⁷] أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء، فإن كان كذلك فحكمه باطل على كل حال، وكذلك الثاني إن كان معروفا بالجور، أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء فأحكامه أيضا باطلة. والله سبحانه أعلم.

ص: أو لم يحزه كبير ولو سفيها ش: أشار بقوله: "سفيها" إلى أن حيازة السفيه لما أوقف عليه جائزة على القول الراجح، وفي وثائق الباجي أنها لا تصح، وظاهر كلام المصنف أن حيازة السفيه لما وقف عليه مطلوبة ابتداء وليس كذلك، بل الحائز له ابتداء وليه أو وصيه أو من يقدمه القاضي له، وإنما الخلاف إذا حاز لنفسه هل يصح حوزة أم لا؟ فالقول الراجح، وهو الذي مشى عليه المصنف أن حيازته لما وقف عليه جائزة، والذي في وثائق الباجي أنها لا تصح. قاله ابن رشد، ونقله في التوضيح، ونقله الشارح، والخلاف في صحة حيازة السفيه وعدم صحتها إنما هو إذا كان له ولي. قال في الشامل: فإن لم يكن له ولي جازت حيازته اتفاقا. انتهى. وقاله ابن راشد، ونقله في التوضيح، وأما حيازة وليه له فجائزة بلا خلاف بل [هي المطلوبة⁹⁵⁸] ابتداء، ولا يقال ظاهر كلام المؤلف أن الموقوف عليه إذا كان كبيرا سفيها فلا تكفي [حيازة الولي⁹⁵⁹] له، ولا بد من حوزة لما تقدم من أن الحائز له ابتداء إنما هو وليه، ويفهم ذلك من قول المصنف بعد: "إلا لمحجوره".

ص: أو ولي صغير ش: أشار به إلى أن الحكم ابتداء في الصغير أن الحائز له وليه، ولو حاز لنفسه لصح حوزة كالسفيه فحكم الصغير كالسفيه. قال في كتاب الطرر: ومن تصدق على صغير من أب أو غيره، ثم أسلم الصدقة إلى ذلك الصغير وحازها في صحة المتصدق بها فإنها حيازة تامة، وإن كان الحائز صغيرا وتنفذ الصدقة، إلا أنه يكره ابتداء أن يحوز الصغير، فإن وقع نفذ. /

26

تنبيهان: الأول: حكم الهبة حكم الوقف. نقله ابن عرفة في كتاب الهبة، وحكى القولين. والله أعلم. الثاني: قال في الشامل: وصح أي الحوز بوكالة من المحبس عليه وإن بحضوره، وإن قدم الواقف من يحوز له جاز، وفي الهبة والصدقة يجوز للغائب فقط.

ص: قبل فلسه وموته ومرضه ش: دخل في المرض الجنون. قال في المتبعية: قال ابن القاسم في

الحديث

⁹⁵⁷ - في يم 40 وم 9 ومايأبى 19 ويحيى 357 وسيد 15 الأمور الباطلة.

⁹⁵⁸ - في المطبوع هو المطلوب وما بين المعقوفين من م 9 ومايأبى 19 ويم 40 ويحيى 357 وسيد 5.

⁹⁵⁹ - في المطبوع حيازة المولى وما بين المعقوفين من يم 40 ومايأبى 19.

نص خليل

إِلَّا لِمَحْجُورِهِ إِذَا أَشْهَدَ وَصَرَفَ الْغَلَّةَ لَهُ وَلَمْ تَكُنْ دَارَ سُكْنَاهُ أَوْ عَلَى وَارِثٍ بِمَرَضٍ مَوْتِهِ إِلَّا مُعَقَّبًا خَرَجَ مِنْ ثُلُثِهِ فَكَمِيرَاتٍ لِلْوَارِثِ كَثَلَاثَةِ أَوْلَادٍ وَأَرْبَعَةِ أَوْلَادٍ وَعَقْبُهُ وَتَرَكَ أُمًّا وَزَوْجَةً فَيَدْخُلَانِ فِيمَا لِلأَوْلَادِ وَأَرْبَعَةِ أَسْبَاعِهِ يُولَدِ الْوَلَدُ وَقَفٌ وَانْتَقَضَ الْقَسْمُ بِحُدُوثٍ وَلَدٍ لِهَمَّا كَمَوْتِهِ عَلَى الْأَصَحِّ لَا الزَّوْجَةَ وَالْأُمَّ فَيَدْخُلَانِ، وَدَخَلَا فِي مَا زِيدَ لِلْوَلَدِ بِحَبَسَتْ وَوَقَفَتْ وَتَصَدَّقَتْ إِنْ قَارَنَهُ قَيْدٌ أَوْ جِهَةٌ لَا تَنْقَطِعُ أَوْ لِمُجْهُولٍ وَإِنْ حَصِرَ.

العتبية: وكذلك إن فقد عقله قبل أن تحاز عنه الصدقة بطلت، يريد إلا أن يرجع إليه عقله قبل أن تحاز الصدقة عنه أو يصح من مرضه قبل أن يفوت فتنفذ الصدقة وتؤخذ منه. انتهى.

ص: إلا لمحجوره ش: قال في الشامل: وفي حوز الحاضن، ثالثها إن كان أما أو جدة [أو جدا]⁹⁶⁰ صح، ورابعها إن كان غير جدة وأخ، وإلا فلا، والمنصوص ليس بحوز مطلقا، فلو شهدت بينة أن الأب صرف الغلة في مصالح نفسه فالمشهور البطلان. والله أعلم.

27

ص: أو على وارث بمرض [موته]⁹⁶¹ ش: قال ابن الحاجب: وإن شرك فما خص الوارث فميراث ويرجع بعد موت الوارث إلى مرجعه. قال في التوضيح: يعني فإن شرك المريض الوارث في الوقف مع غيره فذلك لا يوجب صحة الوقف مطلقا، وإنما يصح منه ما للأجنبي وما خص الوارث ميراث على جهة الملكية إن لم يكن معقبا، وإن كان معقبا رجع النصيب الموقوف بين جميع الورثة، ولا يبطل الوقف بسبب ما فيه من التعقيب، ويبقى بيد جميع الورثة على حكم الإرث ما دام المحبس عليه موجودا، فإذا انقرض المحبس عليه رجع إلى مرجعه. انتهى. وانظر ابن عرفة في آخر كلامه على مسألة ولد الأعيان.

ص: بحبست ووقفت أو تصدقت إن قارنه قيد أو جهة لا تنقطع أو لمجهول وإن ش: هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة. قال ابن الحاجب: أو ما يقوم مقامها، ثم بين ما يقوم مقامها بقوله ولو أذن في الصلاة مطلقا ولم يخص شخصا ولا زمانا فكالصريح. انتهى. وقوله: فلو أذن في الصلاة مطلقا أي إذنا مطلقا أو في الصلاة مطلقا ولم يخص به فرضا ولا نفلا، وقال في المسائل الملقطة ولو بنى مسجدا وأذن في الصلاة فيه فذلك كالصريح لأنه وقف، وإن لم يخص زمانا ولا شخصا ولا قيد الصلاة فيه بفرض ولا نفل فلا يحتاج إلى شيء من ذلك ويحكم بوقفه. انتهى. [وذكره]⁹⁶² والده في الباب السبعين من تبصرته، ثم ذكر اللفظ. ثم قال: ولفظ وقفت يفيد التأبيد. وقال ابن عبد السلام: يعني أنها أصرح ألفاظ الفصل [لأنها]⁹⁶³ دالة على التأبيد بغير ضمنية، وعزاه في التوضيح لعبد الوهاب وغيره من العراقيين قال: وقال صاحب المقدمات وابن زرقون لفظ الوقف والحبس سواء، ويدخل في لفظ وقفت

28

من الخلاف ما يدخل في حبست. انتهى. وهذا الثاني هو الذي مشى عليه المصنف خلافا لابن الحاجب؛ لأنه قدم لفظ الحبس على لفظ الوقف، ولا بد أن يكون الشرط راجعا إلى الألفاظ الثلاثة. ثم قال ابن الحاجب: وحبست وتصدقت إن اقترن به ما يدل على التأبيد من قيد أو جهة لا تنقطع تأبد،

الحديث

960 - في المطبوع جدة صح وما بين المعقوفين من ن عدود ص26. ويحيى 11 ويم 12 م 10 ومايaby 19.

961 - في المطبوع موت وما بين المعقوفين من ن ذي ص26. ويحيى 11 ويم 12 م 10 ومايaby 19.

962 -* في المطبوع وذكره وما بين المعقوفين من م10.

963 -* في المطبوع ولأنها وما بين المعقوفين من يم40 وسيد5.

وإلا فروايتان. قال ابن عبد السلام: يعني أن لفظتي حبست وتصدقت لا يدلان على التأبيد بمجردهما، بل لا بد مع ذلك من ضمنية قيد في الكلام كقوله حبس لا يباع ولا يوهب وشبه ذلك من الألفاظ أو الجمع بين اللفظتين معا كما وقع في بعض الروايات إذا قال حبسا صدقة، أو ذكر لفظ التأبيد أو ضمنية جهة في الحبس لا تنقطع، ومراده عدم انحصار من يصرف إليه الحبس بأشخاص معينين كقوله حبس على المساكين أو على المجاهدين أو طلبة العلم، فإن انعدمت هذه القيود والجهات وشبهها ففي التأبيد حينئذ روايتان.

وظاهر كلام المؤلف أنه لا يختلف في التأبيد إذا وجدت هذه القيود أو الجهات، وذلك قريب مما قال في المدونة؛ إذا قال حبس صدقة أو حبس لا يباع ولا يوهب أن قول مالك لم يختلف في هذا أنه صدقة محرمة ترجع بمراجع الأحباس ولا ترجع إلى المحبس ملكا، ومع ذلك فابن عبد الحكم حكى عن مالك أنها ترجع إليه ملكا بعد موت المحبس عليه، وإن قال حبس صدقة، وكذا قال ابن وهب إنها ترجع ملكا إذا حبس على معينين ولو قال لا يباع ولا يوهب. نعم يعز وجود الخلاف بل ينتفي إذا اقترن به شيء من الجهات غير المحصورة، والمرجع في ذلك كله إلى مدلول العرف. انتهى. والذي يتحصل من كلامه في التوضيح أن الراجح من المذهب أن وقفت وحبست يفيدان التأبيد، سواء أطلقا أو قيذا بجهة لا تنحصر أو على معينين أو غير ذلك إلا في الصورة الآتية؛ وهي ما إذا قال وقف أو حبس على فلان المعين حياته أو على جماعة معينين حياتهم، وقيد ذلك بقوله حياتهم فإنه يرجع بعد موتهم ملكا للواقف إن كان حيا أو لورثته إن كان ميتا، وكذلك إذا ضرب لذلك أجلا فقال حبس عشر سنين أو خمسا أو نحو ذلك كما نص عليه اللخمي والمتيطي قالا: ولا خلاف في هذين الوجهين؛ أي إذا ضرب للوقف أجلا أو قيده بحياة شخص.

وأما لفظ الصدقة فلا يفيد التأبيد إلا إذا قارنه قيد كقوله لا يباع ولا يوهب، أو جهة لا تنقطع كصدقة على الفقراء والمساكين وطلبة العلم والمجاهدين يسكنونها أو يستغلونها، أو على مجهول ولو كان محصورا كعلي فلان وعقبه، وغير المحصور كعلي أهل المدرسة الفلانية أو الرباط الفلاني، فإن تجرد عن ذلك فلا يفيد الوقف، فإن كان على معين كقوله صدقة على فلان فهي له ملك، وإن كان لغير معين كالفقراء فالناظر يصرف ثمنها باجتهاده على المساكين يوم الحكم، ولا يلزم التعميم. قال في المقدمات: وللتحبيس ثلاثة ألفاظ: حبس، ووقف، وصدقة. ثم قال: وأما الصدقة فإن تصدق بذلك [على معينين مثل⁹⁶⁴] أن يقول هذه الدار صدقة على فلان، فهذا لا اختلاف فيه أنها لفلان ملك يبيعها ويهبها وتورث عنه، وإن تصدق بها على غير معينين ولا محصورين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على المساكين أو في السبيل أو على بني زهرة أو بني تميم فإنها تباع ويتصدق [بها⁹⁶⁵] على المساكين على قدر الاجتهاد، إلا أن يقول صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها، فتكون حبسا على المساكين للسكنى والاعتلال ولا تباع، وإن تصدق بذلك على غير معينين إلا أنهم محصورون مثل أن يقول داري صدقة على فلان وعقبه هل ترجع بعد انقراض العقب مرجع الأحباس

964 - في المطبوع معينين ولا محصورين مثل وما بين المعقوفين من يم 41 وسيد 5 وم 10 ومايأبى 21 ويحيى 358

والمقدمات ج 4 ص 419.

965 - ساقطة في المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 28. ويحيى 12 ويم 13 م 10 ومايأبى 21.

متن الخطاب
على أقرب الناس بالمحبس، أو تكون لآخر العقب ملكا مطلقا؟ على قولين، روى أشهب عن مالك أنها تكون لآخر العقب ملكا مطلقا، وحكى ابن عبدوس أنها ترجع مرجع الأحباس، وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة، وقد قيل في المسألة قول ثالث إن ذلك إعمار وترجع بعد انقراض العقب إلى المصدق ملكا. انتهى./

29

فائدة: قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قولهم لو اختلط عدد محصور بعدد محصور أو بغير محصور هذا اللفظ مما يتكرر في كتب الفقه وقل من يبين حقيقة الفرق بينهما، وقد نقلت في الروضة في آخر كتاب الصيد كلام الغزالي فيه. قال الإمام الغزالي: إن قلت كل عدد فهو محصور في علم الله، ولو أراد إنسان حصر أهل البلد لقدر عليه إن تمكن منهم، فاعلم أن تحرير أمثال هذه الأمور غير ممكن، وإنما يضبط بالتقريب فنقول كل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر [عده⁹⁶⁶] بمجرد النظر كالألف ونحوه فهو غير محصور، وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن، وما وقع الشك فيه استفتي فيه القلب. هذا كلام الغزالي. انتهى كلام النووي.

فرع: قال في التمهيد: قال مالك إذا أعطي فرسا في سبيل الله فقبل له هو لك في سبيل الله فله أن يبيعه، وإن قيل هو في سبيل الله ركبه ورده، وذكر ابن القاسم عن مالك قال: قال مالك: من حمل على فرس في سبيل الله فلا أرى له أن ينتفع من ثمنه في غير سبيل الله إلا أن يقول له شألك به فافعل به ما أردت، فإن قيل له ذلك فأراه مالا من ماله يعمل به في غزوه إذا هو بلغه ما يعمل به في ماله. قال: وكذلك لو أعطي ذهباً أو ورقاً في سبيل الله، ومذهب مالك فيمن أعطي مالا ينفقه في سبيل الله أنه ينفقه في الغزو، فإن فضلت منه فضلة بعد ما مر غزوه لم يأخذها لنفسه وأعطائها في سبيل الله أوردتها إلى صاحبها. انتهى من شرح الحديث السادس عشر لنافع عن ابن عمر¹. وقال ابن يونس: وما جعل في سبيل الله من العلف والطعام لا يأخذ منه إلا أهل الحاجة، وما جعل في المسجد من الماء فليشرب منه كل أحد؛ لأن القصد منه عموم الناس ولا مهانة فيه. انتهى. قال في المسائل الملقوطة: مسألة فإن قيل ما تقولون في كتب العلم توجد على ظهورها وهوامشها كتابة الوقف؟ هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفا بذلك؟ قيل: هذا يختلف باختلاف قرائن الأحوال، فإن رأينا كتباً [مودعة⁹⁶⁷] في خزانة في مدرسة وعليها كتابة الوقف، وقد مضى عليها مدة طويلة كذلك، وقد اشتهرت بذلك لم يشك في كونها وقفاً، وحكمها حكم المدرسة في الوقفية، فإن انقطعت كتبها أو فقدت ثم وجدت وعليها تلك الوقفية وشهرة كتب المدرسة في الوقفية معلومة فيكفي في ذلك الاستفاضة، ويثبت مصرفه بالاستفاضة، وأما إذا رأينا كتباً لا نعلم مقرها ولا نعلم من كتب عليها الوقفية فهذه يجب التوقف في أمرها حتى يتبين حالها، وهو عيب يثبت للمشتري به الرد، فإذا تقرر هذا فينبغي الاعتماد على ما يوجد على

1- ابن عبد البر في التمهيد، ج5 ص358، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، رقم الحديث 322-16.

⁹⁶⁶ * - في المطبوع عدده وما بين المعقوفين من مايابى 21 ويحيى 358 ويم 41.

⁹⁶⁷ * - في المطبوع مودوعة وما بين المعقوفين من م 10 وسيد 5.

وَرَجَعَ إِنْ انْقَطَعَ لِأَقْرَبِ فَقَرَاءٍ عَصَبَةِ الْمُحْبَسِ وَامْرَأَةٍ لَوْ رُجِلَتْ عَصَبٌ فَإِنْ ضَاقَ قُدَمَ الْبَنَاتُ وَعَلَى اثْنَيْنِ وَبَعْدَهُمَا عَلَى الْفُقَرَاءِ نَصِيبٌ مَن مَاتَ لَهُمْ إِلَّا كَعَلَى عَشْرَةِ حَيَاتِهِمْ فَيَمْلِكُ بَعْدَهُمْ.

نص خليل

أبواب الربط والمدارس والأحجار المكتوبة عليها الوقفية وتخليص شروطها إذا كانت تلك الأحجار قديمة واشتهر ذلك، ويقبل قول المتولي لذلك الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف. انتهى من التبصرة. انتهى كلام المسائل الملقطة. وقاله البرزلي وابن فرحون في تبصرته. والله أعلم.

ص: ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصابة المحبس ش: فإن كان أهل المرجع أغنياء فقليل يرجع إلى أولى/ الناس بهم وقيل يرجع إلى الفقراء والمساكين. انتهى من وثائق الجزيري. وقال في التوضيح: ما يقتضي أن المشهور أنه يرجع إلى الفقراء. والله أعلم.

متن الخطاب

30

ص: وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم ش: انظر القاضي عبد الوهاب والفاكهاني في شرح قول الرسالة: "ومن مات من أهل الحبس رجع نصيبه على من بقي". انظر كلام ابن بطال في مقنعه. وأظنه في النوادر، وقد نقلت بعضه في الهبة في الكلام على العمرى، ومن هذا الباب مسألتان سئلت عنهما؛ إحداهما [في امرأة⁹⁶⁸] أوقفت دارا لها على ولدها عمر وعلى ذريته من بعده ثم على أولاد أولاده أبدا ما تناسلوا، والطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى فتوفيت الواقعة وتسلم الوقف ولدها عمر المذكور ثم مات عن ذكر وثلاث بنات، ثم توفي من البنات اثنتان كل واحدة عن أولاد فهل [لأولادهما⁹⁶⁹] حصة مع وجود خالهم وخالتهم أم لا؟ فأجبت: لأولاد كل ميتة حصة والدتهم، وليس لخالهم ولا لخالتهم في ذلك شيء، ولا يمنع من ذلك قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى حسبما ذكر ابن رشد في أثناء شرح المسألة السادسة من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس في مسألة من حبس على أولاده ثم على أولادهم من بعدهم أن من مات منهم فحظه لولده دون إخوته، وأطال في ذلك وذكر أن غيره من أهل زمانه خالفه في ذلك ثم رد عليه.

وقال في آخر الرد خطأ صراح، وذكر ابن عرفة كلامه في ذلك قبل الكلام على تحقيق لفظ المحبس عليه في مسألة الوقف على زيد وعمرو ثم على الفقراء، وذكر ابن رشد المسألة أيضا في نوازله، ونقلها عنه البرزلي أيضا في مسائل الحبس، وهذا الذي يؤخذ من قول الشيخ خليل: وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات [لهم،⁹⁷⁰] وأفتى بذلك الشيخ شمس الدين اللقاني وغيره في هذه اللفظة؛ أعني قوله الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى، وأن معناها أن الفروع لا تدخل مع أصولهم ولا يشاركونهم، وأن الولد يستحق ما كان لأبيه معتمدين على ما تقدم لابن رشد من مسألة الشيخ خليل هذه. والله أعلم.

وأما إذا قال وأولادهم فيدخل أولاد الأولاد مع الأولاد كما صرح به في مسائل الحبس من أحكام ابن سهل في مسألة قطيع حبس من جنة وفي غيره. والله أعلم. / والمسألة الثانية شخص أوقف ماله الفلاني على من سيولد له من ظهره من الأولاد، ذكرا كان أو أنثى، وعلى أولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده أبدا ما تناسلوا وتعاقبوا بطنا بعد بطن، وعقبا بعد عقب يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء عدا أولاد البنات من

31

الحديث

968 - في المطبوع امرأة وما بين المعقوفين من مايي 22 وفي يم 41 إحداهما امرأة.

969 - في المطبوع أولادهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 30.

970 * - في المطبوع منهم وما بين المعقوفين من يم 42.

متن الخطاب بنيه وبنات بنيه ومن أسفل منهم فليس لهم دخول في ذلك وقفا صحيحا على من سيولد من ظهره، وعلى من ذكر بعدهم يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء، فهل قوله بطنا بعد بطن يمنع الطبقة السفلى من الدخول مع الطبقة العليا أم لا؟ فإن قلت يمنع فما معنى قوله يدخل الأبناء مع الآباء؟ وإن قلت لا يمنع فهل يقيد دخول الأبناء بوجود الآباء؛ بحيث إن مات أبوه لا يدخل؛ لأن دخوله كان مقيدا بوجود أبيه؟ فأجبت: لا أعلم هذه المسألة بخصوصها منصوصة؛ أعني إذا قال الواقف بطنا بعد بطن. ثم قال: ويدخل الأبناء مع الآباء، والذي يظهر أن ذلك لا يمنع من دخول الأبناء مع الآباء وكلام الواقف يدل على دخولهم مع آبائهم في موضعين الأول منهما أنه عطف الأبناء على الآباء بالواو، وهي مقتضية لدخولهم معهم كما جزم بذلك علماؤنا.

والثاني وهو أقواهما [تصريحه⁹⁷¹] بدخولهم مع الآباء مرتين، وأما قوله: "بطنا بعد بطن وعقبا بعد عقب" فالظاهر أنه إنما أراد به التنصيص على تأكيد استمرار الوقف وتأبيده على الوجه الذي ذكره على جميع البطون والأعقاب، وإذا ظهر دخولهم في الوقف مع آبائهم فدخول من مات أبوه في الوقف بعد موت أبيه أخرى وأولى، ولا يمنع من ذلك قول الواقف يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء؛ لأن ذلك من باب مفهوم الموافقة الذي يكون فيه المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق، وهو المسمى بفحوى الخطاب؛ لأن من المعلوم أن الناس يقصدون أن يكون ما كان لكل واحد من أولادهم لأولاده بعد موته، فإذا صرح الواقف بدخولهم مع أبيهم في حياته فدخولهم بعد موته أولى وأحرى، وأيضا فقد صرح علماؤنا فيما إذا وقف على أولاده ثم على أولادهم ثم أولاد أولادهم بأن الأبناء لا يدخلون مع آبائهم قالوا، فإذا مات ولد من أولاده وله أولاد فإن أولاده [يستحقون⁹⁷²] ما كان لأبيهم، ويدخلون في الوقف مع وجود أعمامهم، ولا يقال إن أولاد الأولاد لا يدخلون في الوقف إلا بعد انقراض جميع الأولاد. هذا هو الصحيح المعمول به، وأفتى شيوخنا المتأخرون الذين أدرکناهم من أهل مصر وغيرهم بأن قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى إنما يمنع من دخول الولد مع أبيه، لا من دخوله مع أعمامه ومن في طبقة أبيه، فإذا صرح الواقف بدخول الأولاد مع آبائهم فلا يشك في دخولهم بعد موته. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومن هذا المعنى مسألة راسلني بها شيخنا العلامة أحمد بن عبد الغفار من المدينة، ونصه: وقعت لنا مسألة بالمدينة وهي شخص وقف على أولاده وأولادهم، وشرط أن الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى. ثم قال: على أن من مات وله ولد انتقل نصيبه لولده، فإن لم يكن له ولد فنصيبه لمن هو في طبقته من أهل الوقف، فمات شخص من طبقته عن غير ولد، وثم شخص في طبقته؛ إلا أن أبا هذا الشخص موجود وهو محجوب به ليس له في الوقف استحقاق فهل يكون نصيب هذا الميت لهذا المحجوب بأبيه عملا بقول الواقف لمن هو في طبقته من أهل الوقف؛ لأنه من أهل الطبقة ومن أهل الوقف في الجملة؛ لأنه من أولاد الواقف، ولا يعارضه قول الواقف تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى؛ لأن معناه أن كل واحد من الطبقة يحجب فروعه لا فروع غيره، أو لا يستحق شيئا؛ لأنه ليس من أهل الوقف الآن إلا بالقوة لا بالفعل؟ والظاهر من

971 - في المطبوع تصريحه وما بين المعقوفين من م 11 وسيد.

972 - في المطبوع ويستحقون وما بين المعقوفين من ن عود ويم 42 وم 11 ويحيى 359.

نص خليل

وَفِي كَقَنْطَرَةٍ وَلَمْ يُرَجَّ عَوْدُهَا فِي مِثْلِهَا وَإِلَّا وَقَفَ لَهَا وَصَدَقَ لِفُلَانٍ فَلَهُ أَوْ لِلْمَسَاكِينِ فُرَقَ ثَمْنُهَا بِالْإِجْتِهَادِ وَلَا يُشْتَرَطُ التَّنْجِيزُ وَحُمِلَ فِي الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِ كَتَسْوِيَةِ أَنْثَى بِذَكَرٍ وَلَا التَّأْيِيدُ وَلَا تَعْيِينُ مَصْرَفِهِ وَصَرَفَ فِي غَالِبٍ وَإِلَّا فَالْفُقَرَاءُ وَلَا قَبُولُ مُسْتَحِقِّهِ إِلَّا الْمُعَيَّنُ الْأَهْلَ فَإِنْ رَدَّ فَكَمَنْقَطِعٍ وَاتَّبَعَ شَرْطُهُ إِنْ جَازَ كَتَخْصِيصٍ مَذْهَبٍ أَوْ نَظِيرٍ.

متن الخطاب

32

قول الواقف من أهل الوقف إنما هو من كان مستحقاً بالفعل الاحتمال الأول هو الذي ظهر لي، ولم أجزم في المسألة بشيء فاكذب لي ما عندك فيها نقلاً أو بحثاً. انتهى كلامه. والله أعلم. / وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها ش: قال البرزلي في أوائل مسائل الحبس: وإن جعله على وجه معين غير محصور كقوله حبس في السبيل، أو في وقيد مسجد، أو إصلاح قنطرة كذا فحكمه حكم المبهم المتقدم ذكره ويوقف على التأييد، فإن تعذر ذلك الوجه لخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى لا يمكن بناؤها وقف إن طمع بصرفه إليه أو صرفه في مثله.

قلت: وقعت بتونس حبس الأمير أبو الحسن كتباً لمدرسة ابتدأها بالقيروان وأخرى بتونس، وجعل مقرها بيتاً بجامع الزيتونة، فلما أيس من تمامها قسمت الكتب على مدارس تونس. انتهى.

33

ص: ولا يشترط التنجيز ش: ويصير كالمعتق إلى أجل لأن المعتق إلى أجل لا يضره استحداث سيده دينا قبل الأجل وذلك يضر عند التحبيس. / قاله ابن عبد السلام. قال ابن عرفة: ما قاله ابن عبد السلام ظاهر إن لم يحز عنه، وإن حيز عنه فإن [بتل⁹⁷³] منفعته في الأجل لغيره لم يضره حدوث الدين، وإن أبقاها لنفسه بطل بحدوث الدين على المشهور في لغو حوز المستأجر [على غيره،⁹⁷⁴] وعلى إعماله لا يبطل به. انتهى.

ص: واتبع شرطه إن جاز [كتخصيص⁹⁷⁵] مذهب ش: مفهوم قوله: "إن جاز" أنه إن شرط ما لا يجوز لا يتبع وهذا -والله أعلم- إذا شرط شيئاً متفقاً على منعه، وإلا فقد نص في النوادر والميتية وغيرهما أنه إذا شرط في وقفه إن وجد فيه ثمن رغبة بيع واشتري غيره أنه لا يجوز له ذلك، فإن وقع ونزل مضى وعمل بشرطه. قال في النوادر في ترجمة الرجوع في الحبس: وهل يباع؟ قال ابن الماجشون: لا أرى أن يستثنى في الدار أن يقول إذا وجد في الدار ثمناً رغبياً فلتبع ويشتر بثمنها داراً، وكذلك الأصول فإن استثناه في حبسه جاز ومضى. انتهى. وقال في الميتية في ترجمة ما جاء في مراجع الأحباس: قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ في الواضحة: ولا يجوز أن يستثنى من الحبس في الرباع إن وجد ثمناً رغبياً فقد أذنت في بيع ذلك وأن يبتاع بثمن ذلك ربحاً مثله؛ لأن هذا لا يقع فيه من الحاجة إلى بيع ذلك، والعذر في تغييره ما وقع في البيع عند الحاجة وإن استثناه مستثنى جاز ومضى. انتهى. ونقله ابن سلمون أيضاً، ومن ذلك اشتراط إخراج البنات من الوقف إذا تزوجن، وحصل ابن رشد فيها بعد الوقوع والنزول أربعة أقوال، ولنذكر كلام العتبية وكلامه برمته لما فيه من الفوائد. قال في العتبية في أثناء الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس: قال مالك من حبس حبساً على

الحديث

973 * - في المطبوع فإن له منفعته والمثبت من م 11 ويحيى 360 وميaby 23 ويم 42.

974 - في المطبوع لغيره وما بين المعقوفين من ن ذي ويم 42 وم 11 يحيى 360 وميaby 23.

975 - في المطبوع لتخصيص وما بين المعقوفين من ن ذي ص 33. ويحيى 14 و م 11 ويم 14 وميaby 23.

متن الخطاب 34
 ذكور ولده وأخرج البنات منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزا له. قال ابن القاسم: فقلت لمالك أترى أن يبطل ذلك ويسجل الحبس؟ قال نعم، وذلك وجه الشأن فيه. قال ابن القاسم: ولكن إذا فات ذلك فهو على ما حبس. قال ابن القاسم: إن كان المحبس حيا ولم يحز الحبس فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن كان قد حيز أو مات فهو كفوت ويكون على ما جعله عليه. قال ابن رشد: ظاهر قول مالك هذا أن الحبس لا يجوز، ويبطل على كل حال، خلاف مذهب ابن القاسم في أنه يمضي إذا فات ولا/ ينقض، وفوت الحبس عندي أن يحاز عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية أو يموت؛ يريد أو يموت بعد أن حيز عنه، ورأى أن الحبس إذا لم يحز عن المحبس عنه أن يبطل الحبس ويدخل الإناث فيه، وظاهر قوله وإن كره ذلك المحبس عليهم مراعاة لقول من يقول إن الصدقات والهبات والأحباس لا تلزم، ولا يجب الحكم بها حتى تقبض، وقد روي عن مالك أن ذلك مكروه من العمل، فعلى قوله هذا لا يفسخ الحبس إلا أن يرضى المحبس عليهم بفسخه وهم كبار، وذهب محمد بن المواز إلى أن ذلك ليس باختلاف من قول مالك فقال: إنما يفعل ما قاله مالك من فسخ الحبس، وأن يجعله مسجلا إنما ذلك ما لم يأت به من حبس عليهم، فإن أبوا لم يجز له فسخه، ويقر على ما حبس وإن كان حيا إلا أن يرضوا له برده وهم كبار.

قال مالك: إن لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على صواب ظاهره إن كان لم يحز عنه، وهو على قياس القول بأن ذلك عنده مكروه من الفعل، وقال ابن القاسم وإن خوصم فليقره على حاله، ومعنى ذلك على مذهبه إن كان قد حيز عنه، وهو الذي ذهب إليه من التأويل في هذه المسألة عن ابن القاسم من أنه فرق في هذه الرواية في فسخ الحبس بأن [يحاز⁹⁷⁶] عنه أو لا يحاز، وقد تأول على ما حكاه محمد ابن المواز عن مالك وابن القاسم أنه ليس له أن يفسخ الحبس، وإن كان ذلك لم يحز عنه إلا بإذن المحبس عليهم ورضاهم، وقد تأول أيضا أن له أن يفسخه وإن كان قد حيز عنه، وإن أبى المحبس عليهم مراعاة لقول من لا يرى أعمال الحبس جملة، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم شك بعد هذا من هذا السماع، وفي رسم نذر وتأول على قول مالك في هذه الرواية أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس عنه بعد أن حيز عنه الحبس، فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال: أحدها قول مالك هذا أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحبس ويرجع للملك، والثاني أن المحبس يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه، والثالث أنه يفسخه ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه، فإن حيز عنه لم يفعل إلا برضا المحبس عليهم، والرابع أنه لا يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن لم يحز عنه إلا برضا المحبس عليهم. انتهى.

وقال اللخمي: وإخراج البنات من الحبس اختلف فيه على ثلاثة أقوال فقال مالك في المجموعة أكره ذلك، وقال في العتبية إن إخراج البنات إن تزوجن فالحبس باطل، وقال ابن القاسم: إن كان المحبس حيا فأرى أن يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز أو مات فات وكان على ما حبسه عليه، وقال أيضا: إن كان المحبس حيا فليفسخه ويجعله مسجلا، وإن مات لم يفسخ، فجعل له أن يرده بعد الحوز ويجعله مسجلا ما لم يموت، وقال ابن شعبان: من أخرج البنات أبطل وقفه، وهذا مثل قول مالك

متن الخطاب في العتبية، فعلى القول الأول يكره فإن نزل مضى، وعلى القول الآخر يبطل إن لم يشركهم فيه، وعلى أحد قولي ابن القاسم يفسخ ما لم يحزه، وعلى القول الآخر يفسخ وإن حيز ما لم يفت. انتهى. ونقل ابن عرفة كلامهما برمته. وقال إثر كلام ابن رشد: قلت: في قوله هو على قياس قوله أنه مكروه نظر؛ لأن المكروه إذا وقع أمضي ولم يفسخ، وذكر الأربعة ابن زرقون، وقال: الأولان تأولا على قول مالك في سماع ابن القاسم والثالث ظاهر قول ابن القاسم في سماعه، والرابع قول محمد، وقال الباجي قبل ذكرها ابن زرقون قال: قال ابن القاسم: إن فات ذلك مضى على شرطه/ وإن كان حيا ولم يحز عنه فأرى أن يرد ويدخل فيه البنات، ونحوه لعيسى عن ابن القاسم، وأنكره سحنون. قلت: انظر هل هذا زائد على الأربعة، أو هو تقييد لما سوى الأول منها؟ وأن الثلاثة إنما هي ما لم يمت، فإن مات مضى وهو أبين. ثم قال: ففي الحبس على البنين دون البنات مطلقا، أو إن تزوجن أربعة. ابن رشد: وخامسها جواز، وسادسها كراهته، وسابعها فوته بحوزه، وإلا ففسخه/ ودخل فيه البنات للوقار ورواية ابن عبدوس واللمخي عن أول قولي ابن القاسم. انتهى. فعلى المشهور من أن إخراجهن لا يجوز مطلقا، سواء بعد أن تزوجن أو قبل يتحصل في ذلك بعد الوقوع والنزول خمسة أقوال: الأول أن الحبس يفسخ على كل حال وإن حيز عنه أو مات بعد أن حيز عنه ويرجع ملكه، وهو قول مالك في العتبية.

35

الثاني أنه يفسخ ويرجع لملكه ما لم يحز عنه، وهو قول ابن القاسم على ما نقله اللخمي عنه. الثالث أنه يفسخ ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه، وهو متأول على قول مالك في العتبية. الرابع أنه يفسخ ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه، [فإن حيز عنه⁹⁷⁷] لم يدخلن إلا برضا المحبس عليهم، وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذا السماع، والخامس أنه لا يفسخ ويدخل فيه الإناث وإن لم [يحز⁹⁷⁸] عنه إلا برضا المحبس عليهم، وهو قول محمد بن المواز عنه. والله أعلم. ومن ذلك ما نقله اللخمي وغيره، ونصه: وإن حبس دارا وشرط على المحبس عليه أن يرميها إن احتاجت لم يصح ذلك ابتداء، وذلك كراء وليس بحبس، فإذا نزل فقال في المدونة: مرمتها من غلتها فأجاز الحبس وأسقط الشرط، وقال محمد يرد الحبس ما لم يقبض. انتهى.

وذكر مسائل من هذا المعنى فيما لا يجوز ابتداء، واختلف فيه بعد الوقوع والنزول فراجع. والله أعلم. وقال في نوازل ابن رشد: وسئل عن حبس حبسا، وشرط في حبسه أنه إن تمادى به العمر واحتاج رجوع في حبسه وباعه وأنفق على نفسه هل ينفذ الحبس ويجوز الشرط، أو ينفذ الشرط ويبطل الحبس؟ فأجاب بأن قال الشرط الذي ذكرت إن كان في التحبيس يوجب صرف الحبس بعد موت المحبس إلى معنى الوصية على مذهب مالك وأصحابه، فإن كان قد مات نفذ الحبس من ثلثه إن حمله الثلث، وإن لم يحمله فما حمل منه الثلث.

فروع: الأول: قال في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الحبس: وسئل عن الرجل يحبس الحائط صدقة على الساكنين أيقسم بينهم تمرا، أم يباع ثم يقسم الثمن بينهم؟ فقال ذلك يختلف، وذلك إلى ما قال فيه المتصدق، أو إلى رأي الذي يلي ذلك واجتهاده إن كان المتصدق لم يقل في ذلك

977 - ساقطة من المطبوع والمثبت من ميايى 25 ويم 44 ويحيى 361 وم 12.

978 - في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من ن ذى ص 35 وميايى 25 ويحيى 361 ويم 44 وم 12.

شيئا إن رأى خيرا أن يبيع ويقسم ثمنه، وإن رأى خيرا أن يقسم ثمره قسمه ثمرا، فذلك يختلف فربما كان الحائط نائيا بالمدينة، فإن حمل أضر ذلك بالمساكين حمله، وربما كان في الناس الحاجة إلى الطعام فيكون ذلك خيرا لهم من الثمن فيقسم إذا كان هكذا فهو أفضل وخير، وهذه صدقات عمر بن الخطاب رضي الله عنه منها ما يباع فيقسم ثمنه ومنها ما يقسم ثمرا. ابن رشد: هذا بين على ما قاله أن ذلك يصرف إلى اجتهاد الناظر في ذلك إن لم يقل المتصدق في ذلك شيئا، وإن قال شيئا أو حد فيه حدا وجب أن يتبع قوله في صدقته، ولا يخالف فيما حده. انتهى. ونقله ابن بطال في مقنعه ولفظه: وفي المستخرجة من سماع أشهب من حبس حائطا على المساكين إن لم ينص الميت في ذلك شيئا فلمتولي النظر فيه الاجتهاد إن رأى بيع الثمرة وقسم ذلك ثمنا فعل، وإن رأى خيرا للمساكين قسمته ثمرا فعل، فرب حائط يبعد عن المدينة فيضر بهم حمله، وربما كانت بالناس حاجة إلى الطعام فيكون قسمته ثمرا خيرا لهم، وهذه صدقات عمر تباع [ثمرتها]⁹⁷⁹ ويقسم ثمنها، فإنما ذلك على النظر للمساكين. انتهى. ونقله في الذخيرة عن الأبهري عن مالك.

متن الخطاب

الثاني: قال في المسائل الملقطة: من أوقف وقفا على منافع الجامع صرف في العمارة والحصار والزيت وغير ذلك، ولا يعطى منه الإمام والمؤذن. ذكر ذلك الحفيد في مختصره الصغير. وكل جامع مسجد ولا ينعكس. انتهى. قال ابن رشد في نوازل: من أوقف على منافع مسجد وقفا صرف في منفعه من بناء وحصار وبناء ما رث من الجدران أنه لا يدخل في ذلك الإمام، فإن صرف للإمام شيء من غلة الوقف فلا يرجع به عليه، ولا ضمان على من دفع ذلك إليه؛ لأن المحبس لما لم ينص أنه داخل في التحبيس/ ولا على أنه خارج حكمنا بظاهر اللفظ فلم يدخل إلا بيقين، وإذا قبض شيئا لم يغرمه إياه إلا بيقين، ولا يقرن عندنا في ذلك لاحتمال أن يكون المحبس قد أراد بحبسه خلاف ظاهر لفظه، ولعل إيهام ذلك تقصير من الكاتب.

36

الثالث: قال البرزلي في مسائل الحبس: سئل القابسي عن حبس كتب، وشرط في تحبيسه أنه لا يعطى إلا كتاب بعد كتاب فإذا احتاج الطالب إلى كتابين أو تكون كتباً شتى فهل يعطى كتابين منها أم لا يأخذ منها إلا كتابا بعد كتاب؟ فأجاب: إن كان الطالب مأمونا واحتاج إلى أكثر من كتاب أخذه لأن غرض المحبس أن لا يضيع، فإذا كان الطالب مأمونا أمن هذا، وإن كان غير معروف فلا يدفع إليه إلا كتاب واحد، وإن كان من أنواع العلوم خشية الوقوع في ضياع أكثر من واحد. قلت: تقدم بعض أحكام شروط الحبس من كلام أبي عمران وغيره، وظاهره أنه لا يتعدى ما شرطه لقوله عليه السلام: {المسلمون عند شروطهم}¹ وظاهر ما في هذا السؤال أنه يراعى قصد المحبس لا لفظه، ومنه ما جرى به العرف في بعض الكتب المحبسة يشترط عدم خروجها من المدرسة، وجرت العادة في هذا الوقت بخروجها بحضرة المدرسين ورضاهم، وربما فعلوا ذلك في أنفسهم ولغيرهم وهو - والله أعلم - لما أشار إليه [هذا الشيخ من مراعاة قصد المحبس لا لفظه،⁹⁸⁰ ومثله ما فعلته أنا في

١ - البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاجارة، دار الفجر للتراث، القاهرة، 2005، رقم الحديث 2273.

الحديث

979 * - في المطبوع ثمرته والمثبت من مايابى 26 وم 13 ويحيى 361.

980 * - في المطبوع هذا الشيخ لا لفظه وما بين المعقوفين من يم 44 ويحيى 362 ومايابى 26.

متن الخطاب مدرسة الشيخ التي بالقنطرة غيرت بعض أماكنها مثل الميضاة ورددتها بيتا، ونقلتها إلى محل البئر لانقطاع الساقية التي كانت تأتيها، ورددت العلو المحبس على عقبه المذكور بيوتا لسكنى الطلبة بعد إعطاء علو من المحبس يقوم مقامه في المنفعة بموجب مذكور في محله، وكزيادة في رواتب [الطلبة]⁹⁸¹ لما أن كثروا ويدخل شيء من خراجها بحيث لو كان المحبس حاضرا لارتضاه، وكان ذلك كله برضا الناظر في الحبس النظر التام كيف ظهر له الصواب يعطي حسبما ذلك مذكور في كتاب التحبیس، وعلى مراعاة لفظ المحبس في شرطه أفتى بعض أصحابنا فيمن بنى مدرسة وجعل فيها بيوتا للسكنى، وشرط في أصل تحبیسها أن لا يسكنها إلا من يصلي الصلوات الخمس في مسجدتها إن لم يكن إماما في غيرها، وأن يحضر الحزب المرتب فيها لقراءة القرآن إن كان قارئاً، ويحضر الميعاد في وقته، ومن لم يفعل ذلك فليس له سكنى.

فأجاب بأن الشروط المذكورة يجب الوفاء بها ولا يجوز مخالفتها، ومن هذا المعنى الدخول للمدارس لقضاء الحاجة بها والوضوء والشرب من مائها، وهو لم يكن من أهلها، ولا أعدت الميضاة والشرب إلا لأهلها، فسألت شيخنا الإمام عنها فأجاب أنه إن كان من جنس أهلها ساغ له ذلك؛ لأن الحبس لأهل ذلك الصنف وهو غير معين، فمتى وجد ذلك الصنف جرى حكمه على ما صح لأهلها، فإن كان من غير صنف أهل ذلك الحبس فلا يجوز له، وكذلك عارية بيت للسكنى من بعض أهل الحبس فإن كان المستعير من أهل ذلك الحبس جاز، وإلا لم يجز لوجهين لفقدان شرط التحبیس عادة والتصرف في المنفعة بالهبة، وهو لم يؤذن له [إلا]⁹⁸² في نفسه فقط، ووقعت هذه المسألة بالديار المصرية فسئلت عن المسألة فأجبت بمنع عاريته ثم إنني فعلت ذلك استعرت بيتا في مدرسة شيخون وآخر في الناصرية فتعقب ذلك من فعلي [على ما ذكرت]⁹⁸³ فأجبت بما قال شيخنا فسلم ذلك لي. انتهى. وذكره أيضا قبل هذا في مسائل الشركة، وذكر ذلك مع مسألة النزول في الوظائف.

الرابع: قال في المسائل الملقطة: سئل الشيخ تقي الدين إذا وقف كتاب على عامة المسلمين وشرط أن لا يعار إلا برهن فهل يصح هذا الرهن أم لا؟. فأجاب: لا يصح هذا الرهن لأنها غير مأمونة في يد موقوف عليه، ولا يقال لها عارية أيضا بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف مستحقا للانتفاع فيده عليها يد أمانة، فشرط أخذ الرهن عليها فاسد ويكون في يد الخازن للكتب أمانة؛ لأن فاسد العقود في الضمان كصحيحها والرهن أمانة/ هذا إذا أريد الرهن الشرعي، وأما إن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكرة فيصح الشرط لأنه غرض صحيح، وأما إذا لم يعلم مراد الواقف فيحتمل أن يقال بالبطان بالشرط حملا على المعنى الشرعي، ويحتمل أن يقال بالصحة حملا على [اللغوي وهو]⁹⁸⁴ الأقرب لصحته. انتهى.

الخامس: إذا خص مسجدا بمعينين فقال في أسئلة الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي فيمن بنى مسجدا وشرط في وقفه أن لا يتولاه إلا مالكي المذهب مثلا فهل يجب اتباع شرطه وتكون ولاية

37

981 - في المطبوع طلبة وما بين المعقوفين من يم 44 وم 13 ومايأى 26.

982 - ساقطة من المطبوع والمنبث من يحيى 362 ومايأى 27 وم 13 وم 25.

983 ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 36. ويحيى ص 16 و م ص 13 ومايأى 27.

984 - في المطبوع المعنى وهو وما بين المعقوفين من يحيى 362 وم 45 وم 13 ومايأى 27.

متن الخطاب من خالفه باطلة أم لا؟ وإذا وجب اتباعه وتولاه من هو على شرطه ثم انتقل إلى مذهب آخر هل تفسخ ولايته أم لا؟ وإذا لم يتحقق هذا الشرط من الواقف ولكن الغالب على أهل ذلك البلد اتباع مذهب كأهل الاسكندرية ومصر فهل يتنزل هذا منزلة الشرط وما حكم الائتتمام بهذا الإمام؟ فأجاب إن وقف الواقف على مذهب معين لم يجز أن يتناوله غيره، وإن خص المسجد بمعينين لم يختص بهم، وإذا غلب في بعض البلاد مذهب على أئمة المساجد بحيث لا يكون فيها غيره حمل الوقف على ذلك، ولا يستحقه من ينتقل عن مذهبه إلى مذهب آخر، وإن كان هذا الإمام معتقدا لجواز ما يتناول [من⁹⁸⁵] ذلك فلا بأس بالائتتمام به، وإن كان يعتقد تحريمه فالائتتمام به اقتداء بفاسق. والله أعلم.

السادس: قال في المسائل الملقوطة: من ولاه الواقف على وظيفة بأجرة فاستناب فيها غيره ولم يباشر الوظيفة بنفسه فإنه لا يجوز له تناول الأجرة ولا لنائبه، لأنه لم يباشر الوظيفة بنفسه، وما عين له الناظر لا يستحقه إلا بمباشرته بنفسه ولا عين الناظر النائب في الوظيفة فما تناوله حرام. قاله الشيخ جمال الدين الأقفهي المالكي. انتهى. يعني استناب فيها في غير أوقات الأعدار، وأما إذا استناب في أيام العذر جاز له تناول ريع الوقف، وأن يطلق لنائبه ما أحب من ذلك الريع، ونقله القرافي في الفرق الخامس عشر والمائة. والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في مسائل البيوع: سألت شيخنا الفقيه الإمام رحمه الله هل يجوز أن يأتي بوظيفة القراءة التي عليه في الصلاة؟ فقال [لا كأنه⁹⁸⁶] جعله إجارة. انتهى.

ص: أو ناظر ش: قال ابن عرفة: والنظر في الحبس لمن جعله إليه محبسه. المتيطي: يجعله لمن يثق به في دينه، فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم يقدم له من يرتضيه، ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سدادا على حسب اجتهاده. انتهى.

قلت: قوله فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم هذا -والله أعلم- إذا لم يكن المحبس عليه معينا مالكا أمر نفسه، وأما إن كان مالكا أمر نفسه ولم يول المحبس على حبسه أحدا فهو الذي [يحوز⁹⁸⁷] [الحبس الذي عليه⁹⁸⁸] ويتولاه، يدل على ذلك غالب عبارات أهل المذهب في كتاب الحبس وكتاب الصدقة وكتاب الهبة من المدونة وكلام المصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وشرط الوقف حوزة صريح في ذلك [فتأمله⁹⁸⁹]. وانظر مسألة رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ففيها إشارة إلى ذلك، وذكر فيها أن الناظر على الحبس إذا كان سيئ النظر غير مأمون فإن القاضي يعزله إلا أن يكون المحبس عليه مالكا أمر نفسه ويرضى به

985 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص37. ويحيى ص16 ويم ص17 وم ص13 وما يابى27.

986 - في المطبوع لكنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص37. ويم ص17 وم ص13. وفي يحيى فقال كأنه ص16 وما يابى27.

987 - في المطبوع يجوز ويحيى ص16 ويم ص17 وم ص13 وما يابى27 وما بين المعقوفين من ن سيد ص37.

988 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص37. ويحيى ص16 ويم ص17 م ص13 وما يابى27.

989 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص37 ويحيى ص16 ويم ص17 م ص13 وما يابى28.

متن الخطاب

38

[فيستمر،⁹⁹⁰] وفي رسم استأذن من سماع عيسى مسألة تتعلق بالناظر قال فيها إنه لا يوصي بالنظر عند موته ولكن إن كان المحبس حيا كان النظر له فيمن يقدمه، وإن كان مات فإن كان المحبس عليهم كبارا أهل رضا تولوا حبسهم بأنفسهم، وإلا قدم السلطان بنظره وإن كان للمحبس وصي كان النظر له إلا أن يكون المحبس قال لمن ولاه إذا حدث بك الموت فأسنده إلى من شئت، فإنه يسنده لمن شاء، وإن أوصى وصيا على ماله وعلى من كان في حجره كان له النظر في الحبس. والله أعلم. وفي سماع سحنون مسألة تدل على أن المحبس عليهم إذا كانوا كبارا تولوا حبسهم بأنفسهم. وفي أحكام ابن سهل/ ما يدل على ذلك في مسألة كراء الأحباس مدة طويلة، وهي في آخر ترجمة قطيع محبس باعته المحبسة، وفي مسألة الدار المحبسة على رجلين أكرها أحدهما، وانظر النوادر في ترجمة الحبس يزاد فيه أو يعمر من غلته، وكراء الحبس السنين الكثيرة.

تنبيهات: الأول: قال في النوادر: ومن المجموعة قال: قال ابن كنانة فيمن حبس حبسا وجعل امرأته تليه وتقسمه بين بنيتها بقدر حاجتهم فكانت تلي ذلك فماتت، قال يلي ذلك من ورثتها أهل حسن الرأي منهم. انتهى من ترجمة جامع مسائل مختلفة من الأحباس والعمرى والخدمة. وهذا لعله في بلد ليس فيه حاكم أو فيه ولا يصل إليه ولا يلتفت للنظر في الأحباس، أو يكون نظره فيها سببا لهلاكها وضيعتها. والله أعلم. ثم قال بعد ذلك في ترجمة حوز الأب على من يولى عليه: ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم: وإذا حبس على أولاده الكبار والصغار حبسا ووكل من يقوم به فذلك له، فإن بلغوا كلهم فأرادوا القيام بالحبس فليس لهم ذلك؛ لأنه لم يرض بهم، والوكيل يقوم بحاله. قال محمد: ولو لم يكن فيهم كبير يوم وكل فلهم إذا كبروا قبض حبسهم، فأما إن كان فيهم كبير فهو بمنزلة أن لو كانوا كبارا كلهم يومئذ. انتهى. وما قاله محمد إذا كانوا صغارا كلهم ووكل عليهم أن لهم إذا كبروا قبض حبسهم إنما يكون ذلك. والله أعلم. إذا فهم أن ذلك مراد المحبس أو صرح بذلك وإلا فالظاهر أنه لا ينزع من الناظر ما كان بيده. ثم قال: قال ابن القاسم فإن مات الوكيل فليس له أن يوصي به إلى غيره إلا أن يكون جعل ذلك الأب إليه، قال أصبغ وليرجع القيام بذلك إلى المحبس أو وصيه. انتهى. فتأمله. [والله أعلم.⁹⁹¹]

الثاني: علم من كلام ابن القاسم أن الواقف إذا جعل النظر لشخص فليس للناظر أن يوصي بالنظر لأحد غيره إلا أن يجعله له الواقف، وقد تقدم ذلك أيضا في مسألة رسم استأذن من سماع عيسى وأنه ليس له أن يوصي به إلا أن يقول له اجعله إلى من شئت، ويؤخذ ذلك أيضا مما نقله في التوضيح في باب الأقضية كل من ملك حقا على وجه يملك معه عزله فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو مفوضا وخليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك. انتهى.

الثالث: لو غاب الناظر في بلدة بعيدة واحتاج الحبس إلى من ينظر في بعض شأنه فهل للقاضي أن ينظر في ذلك، أو يوقف الأمر حتى يأتي الغائب؟ الظاهر أن للقاضي أن ينظر في ذلك ويمضي ما فعله في

الحديث

990 - في المطبوع ويستمر وما بين المعقوفين من بم 45 وم 13.

991 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 38 ويحيى ص 17 وم ص 18 م ص 1 ومايأبى 28.

غيبه الناظر، وليس للناظر إبطال ما فعله القاضي في غيبته، ولم أر في ذلك نصا إلا فتيا وجدت منسوبة لبعض المالكية يسمى علي بن الجلال، وصورتها: ما تقول السادات العلماء في درس بمكة به مدرس وطلبة وناظر وقفه غائب بالقاهرة، فشغرت وظيفة طلب بالدرس المذكور بحكم وفاة من كان بها فولى قاضي مكة تلك الوظيفة شخصا لغيبه الناظر على الوقف المذكور بالقاهرة أو غيرها من البلاد الشاسعة فهل تصح توليته أم لا؟ وإذا صحت التولية فهل للناظر بعد أن بلغه تولية القاضي المذكور أن يولي شخصا آخر خلاف من ولاه القاضي معتقدا أن القاضي لا نظر له أو ليس له ذلك.

فأجاب ولاية قاضي مكة للشخص المذكور الوظيفة عند غيبه الناظر للمدرسة الغيبة البعيدة وشغور الوظيفة عن كان بها بموته صحيحة واقعة بمحلها؛ لأنه ولي من لا ولي له كالمرأة إذا غاب وليها واحتاجت إلى التزويج فليس للناظر إبطال ما وقع من توليه الحاكم والحالة هذه. والله أعلم. وكتبه علي بن الجلال المالكي وأجاب بمثل ذلك الشافعية والحنفية والحنابلة، وأجاب سراج الدين عمر البلقيني الشافعي بما نصه: نعم يصح تولية القاضي الوظيفة لمن ذكر، وليس للناظر أن يولي شخصا آخر خلاف من ولاه القاضي والاعتقاد المذكور غير صحيح، وأجاب الشيخ إبراهيم الأنباري الشافعي بما أجاب به البلقيني، وكذا أجاب كل من الشيخ محمد بن أحمد السعودي الحنفي والشيخ/ عبد المنعم البغدادي الحنبلي بمثل ذلك. والله أعلم. وبذلك أيضا أفتى بعض أهل العصر.

39

وقال للقاضي أن يقرر في ذلك وينظر، واحتج بأن أصل مذهب مالك القضاء على الغائب في سائر الحقوق إذا كانت غيبته بعيدة وبأن من يريد التقرير مثلا في الوظيفة في الوقف له شبه الحق على الناظر في وجوب إنفاذ أمر الواقف وعدم تعطيل وقفه، فإذا عين القاضي المذكور من هو أهل لها كان كحكمه عليه فيما يدعي به، وقد قال أهل المذهب فيما إذا ادعى على غائب بدين ساغ للحاكم أن يبيع دار الغائب لقضاء الدين، ثم إذا قدم الغائب ببراءة أو بما يترك عنه الحق أن البيع ماض، ويتبع بالثمن من أخذه، فإذا مضى حكم القاضي على الغائب فيما هو ملك له شرعا فأحرى أن يمضي التقرير في الوظيفة المذكورة إذ ليس ملكا له، ويشهد لذلك أنه إذا غاب ولي المرأة زوجها الحاكم، وبما قاله أيضا في ترجمة القضاء على الغائب من النوادر، ونصه: قال عبد الملك: إذا كان الغائب صغيرا لم يضرب له أجلا؛ لأنه لو حضر لم يكن يدافع عن نفسه ولا أخذ لها ولكن إن كان في ولاية أحد غائب ضرب لوليه أجلا، وإن حضر خاصم عنه وإن لم يحضر حكم عليه، وأشهد وإن لم يكن عليه ولي فليول عليه الحاكم وليا يكون وليا له في هذه الخصومة وغيرها، ثم يحكم [عليه وله، ولا يخصه⁹⁹²] بالولاية في هذه الخصومة فقط، فيكون قد نصب له وكيلا يخاصم عنه وهذا لا يكون. انتهى كلام المفتي. وقوله: "وإن لم يحضر حكم عليه وأشهد" لم أرها في النوادر، ورأيتها بخط المفتي [مزادة⁹⁹³] في الهامش. والله أعلم. ويبقى هنا⁹⁹⁴ مسألة وهي لو جعل الواقف النظر في ذلك لشخص غائب عن البلد، وإقامته إنما هي في بلدة أخرى، ولا يمكن أن يأتي إلى بلد الواقف

992 - في المطبوع عليه وليه له ولا يخصه وما بين المعقوفين من يم46 وسيد7 وم14 ومايأبى29.

993 - علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب (مزيدة).

994 - في سيد7 ويحيى363 وتبقى هنا.

متن الخطاب كما لو جعل النظر في حبسه الذي بمكة لمن كان سلطانا بمصر، فالظاهر هنا أنه ليس للقاضي أن ينظر في ذلك، ويوقف الأمر إلى أن يعلم ما يأمر به الناظر فتأمل. والله أعلم.

الرابع: قال ابن عرفة: لو قدم المحبس من رأى لذلك أهلا فله عزله واستبداله. سمع ابن القاسم من حبس على بنات له وقد بلغت فحزن أموالهن، وكان عمهن يلي حبسهن فاتهمنه في غلتهن، وطلب بعضهن أن يوكل لحقه، فإن كان حسن النظر لم يكن [لها ذلك،⁹⁹⁵] وإن كان على غير ذلك جعل معه من يوكله بذلك. ابن رشد: معناه أن العم قدمه المحبس ولو كان بتقديمهن له لكان لمن شاء منهن توكيل غيره على حقها، ولم يكن للسلطان في ذلك نظر، وقوله: "إن كان على غير ذلك" يريد سييء النظر أو غير مأمون وإنما رأى أن توكل لحقها ولم تعزله لأنه رضى به بعضهن ولو لم ترضه واحدة منهن لعزله القاضي عنهن، ولو كن غير مالكات لأنفسهن لوجب تقديم السلطان غيره، وقال ابن دحون لو اتهمه جميعهن لكان لهن عزله، وإنما بقي لأنهن اختلفن في تهمته، وفي قوله نظر.

قلت: قول ابن دحون هو معنى متقدم قول ابن رشد فتأمل. ونزلت في حبس حبسته حرة أخت أمير بلدنا وجعلته بيد شيخنا ابن عبد السلام على أنه يدرس به، ثم نقلته لشيخنا ابن سلامة فقبله وشهد في العزل والتولية جميع الشهود الذين كانوا حينئذ منتصبين للشهادة، وعللوا ذلك بالتفريط. اهـ. ولكن في استدلاله بالمسألة المذكورة لذلك نظر لا يخفى فتأمل. وقال البرزلي: وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر؟ قال: ذلك جائز وينزل منزلته. قيل له: فلو أراد العودة في نظره؟ قال: ليس له ذلك، وقد تخلى منه إلى الذي وكله.

قلت: يؤخذ من هذا أن من حبس شيئا وجعله على يد غيره ثم أراد عزله فليس له ذلك إلا بموجب يظهر كالقاضي إذا قدم أحدا، ونزلت بشيخنا الإمام وكان يقدم على أحباسه من يستحسنه ويعزل من يظهر له عزله، وهو عندي صواب؛ لأن نظر المحبس أقوى من نظر القاضي في حبسه، فلا يتصور عليه فيه ما دام حيا، كما له التقديم في حياته وبعد مماته من غير أن ينظر عليه أحد من قاض أو غيره. انتهى. والله أعلم./

40

الخامس: قال ابن عرفة: ابن فتوح للقاضي تقديم من ينظر في أحباس المسلمين، ولا يرتفع تقديمه بموته ويرتفع برفعه من ولي بعده. انتهى. قال البرزلي: وفي الوثائق المجموعة إذا قدم القاضي أحدا على الحبس فلا يعزله من جاء بعده إلا بموجب؛ لأنه كحكمه في القضايا. انتهى.

السادس: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: للقاضي أن يجعل لمن قدمه للنظر في الأحباس رزقا معلوما في كل شهر باجتهاده في قدر ذلك بحسب عمله وفعله الأئمة. ابن عتاب: عن المشاور لا يكون أجره إلا من بيت المال، فإن أخذها من الأحباس أخذت منه ورجع بأجره في بيت المال، فإن لم يعط منها فأجره على الله، وإنما لم يجعل له فيها شيء لأنه تغيير للوصايا وبمثل قول المشاور أفتى ابن ورد وقال لا يجوز أخذ أجرته من الأحباس إلا أن يحمل على من حبس، وخالفه عبد الحق وابن عطية وقال ذلك جائز لا أعلم فيه نص خلاف. انتهى. ونقل البرزلي كلام عبد الحق وابن عطية. والله أعلم.

أَوْ تَبْدِئَةَ فَلَانٍ بَكْذَا وَإِنْ مِّنْ غَلَّةٍ ثَانِي عَامٍ إِنْ لَمْ يَقُلْ مِّنْ غَلَّةٍ كُلِّ عَامٍ.

متن الخطاب

السابع: قال البرزلي: وسئل السيوري عن إمام مسجد ومؤذنه ومتولي جميع أموره قام عليه محتسب بعد أعوام في غلة حوانيت له وقال فضلت فضلة عما أنفقت وقال لم يفضل شيء، فقال له بين للقاضي صفة الخروج فقال: لا يجب علي ذلك، ولو علمت أنه يجب علي ما توليته ولا قمت به، ولا يوجد من يقوم به إلا هو، ولولا هو لضاع هل يقبل قوله أم لا؟ فأجاب: القول قوله فيما زعم أنه أخرجه إذا كان يشبه ما قال، البرزلي: وهذا إذا لم يشترط عليه دخلا ولا خرجا إلا بإشهاد. انتهى. الثامن: قال في النوادر: القائم بالحبس إذا قال أعرها من مالي. ثم قال: إنما عمرتها من الغلة جاز. قال: فإن قال من الغلة أنفقت فقد أنفذ الوصية وإن قال من مالي عمرتها حلف ورجع بذلك في الغلة، ولا يضره قوله [أعرها⁹⁹⁶] من مالي. انتهى. ويفهم منه أن للقائم على الحبس أن يستقرض عليه ويعمره. والله أعلم.

التاسع: لا يجوز للقاضي ولا للناظر التصرف إلا على وجه النظر، ولا يجوز على غير ذلك، ولا يجوز للقاضي أن يجعل بيد الناظر التصرف كيف شاء، وتقدم كلام البرزلي في آخر الإقرار عند قوله وإن أبرأ فلانا.

ص: أو تبدئة فلان بكذا وإن من غلة ثاني عام إن لم يقل من غلة كل عام ش: تصويره واضح، وكلامه شامل لما فرضه في المدونة من تبدئة فلان من غلة ثاني عام، ولما فرضه المتيطي من تبدئته من غلة العام الماضي إن كان بقي منها [شيء، والمبالغة⁹⁹⁷] بأن في قوله وإن من غلة ثاني عام ترشد لذلك فتأمله. قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة: ومن أوصى لرجل بدينار من غلة داره كل سنة، أو بخمسة أوسق من غلة حائطه كل عام، والثالث يحمل الدار أو الحائط، فأخذ ذلك عاما ثم بار ذلك أعواما فللموصى له أخذ وصية كل عام ما بقي من غلة العام الأول شيء، فإن لم يبق منه شيء فإذا أغل ذلك أخذ منه لكل عام مضي ولم يأخذ منه شيئا، ولو أكرأ الدار في أول سنة بعشرة دنانير فضاعت إلا دينارا كان ذلك للموصى له؛ لأن كراء الدار لا شيء للورثة منه إلا بعد أخذ الموصى له منه وصيته، وكذلك [غلة الجنان، ولو قال⁹⁹⁸] أعطوه من غلة كل سنة خمسة أوسق، أو من كراء كل سنة دينارا لم يكن له أن يأخذ غلة سنة عن سنة أخرى لم تغل، ولو أكربت الدار أول عام بأقل من دينار أو جاءت النخل بأقل من خمسة أوسق لم يرجع بتمام ذلك في عام بعده. انتهى. ولو طلب أن يوقف له من غلة العام الأول شيء أو يعطاه في الصورة الأولى فهل يجاب إلى ذلك في الصورة الأولى؟ قال اللخمي: وإن اغتلت أول سنة عشرة دنانير وأخذ دينارا وبقي تسعة نظر في ذلك، فإن كانت الدار مأمونة أنها لا تبور أو إن بارت تأتي كل سنة بأكثر من دينار أخذ الورثة هذه التسعة، وإن كان يخشى أن لا تأتي/ بذلك وقف منها ما يخاف أن لا يأتي به إلا أن يكون الوارث مأمونا غير ملد ولا

996 - في المطبوع أعرتها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 40 ويحيى ص 18 ويم ص 19 م ص 15 ومايأبي 30.

997 - في المطبوع شيء والغلة والمبالغة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 40 وم 15.

998 - في المطبوع غلة الجنان أو غيره ولو قال وم ص 15 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 40 ويحيى ص 18 ويم ص 19 ومايأبي 31.

نص خليل

أَوْ أَنْ مَنْ احْتِاجَ مِنَ الْمُحْبِسِ عَلَيْهِ بَاعَ أَوْ إِنْ تَسَوَّرَ عَلَيْهِ قَاضٍ أَوْ غَيْرُهُ رَجَعَ لَهُ أَوْ لَوَارِثِهِ كَعَلَى وَلَدِي وَلَا وَلَدَ لَهُ لَا بِشَرْطِ إِصْلَاحِهِ عَلَى مُسْتَحِقِّهِ كَأَرْضٍ مُوَظَّفَةٍ إِلَّا مِنْ غَلَّتْهَا عَلَى الْأَصَحِّ أَوْ عَدَمَ بَدْءِ بِإِصْلَاحِهِ أَوْ بِنَفَقَتِهِ وَأَخْرَجَ السَّاكِنَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ لِلْسُكْنَى إِنْ لَمْ يُصْلَحْ لِتُكْرَى لَهُ وَأَنْفَقَ فِي فَرَسٍ لِكَغْزُو مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَإِنْ عُدِمَ بَيْعَ وَعَوُضَ بِهِ سِلَاحٌ كَمَا لَوْ كَلَبَ وَبِيعَ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ عَقَارٍ فِي مِثْلِهِ أَوْ شِقْصِهِ كَانَ أَتْلَفَ وَفَضَّلَ الذُّكُورَ وَمَا كَبَرَ مِنَ الْإِنَاثِ فِي إِنْثَاثٍ لَا عَقَارٍ وَإِنْ خَرَبَ وَنَقَضَ وَلَوْ بِغَيْرِ خَرَبٍ إِلَّا لِتَوْسِيعِ كَمَسْجِدٍ وَلَوْ جَبْرًا وَأَمَرُوا بِجَعْلٍ لِمَنْ لَغَيْرِهِ وَمَنْ هَدَمَ وَقَفًا فَعَلَيْهِ إِعَادَتُهُ.

ممتنع ورصي أن يأخذها في ذمته فيكون أحق بها؛ لأن له فيها شبهة الملك والوقف غير مفيد للموصى له. انتهى.

متن الخطاب

ص: أو أن من احتاج إليه من المحبس عليه باع وإن تسور عليه قاض أو غيره رجع له أو لوارثه / ش: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: والوقف لازم ولو قال لي الخيار ما نصه: قد قال جماعة إن المحبس إذا شرط في حبسه أنه إن ذهب قاض أو غيره إلى التسور على حبسه أو النظر فيه فجميع حبسه راجع إليه إن كان حيا، أو إلى ورثته أو صدقة لفلان أن له شرطه، وكذلك قالوا إذا شرط / أن من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس أنه يصح هذا الشرط، ولزم المحبس عليه إثبات حاجته واليمين على ذلك إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق فله البيع من غير إثبات. انتهى. وقال البرزلي: قال في الوثائق المجموعة: إذا لم يقل يصدق فعليه إثبات الحاجة، ويحلف أنه لا مال له باطن يكتمه ولا ظاهر يعلمه فحينئذ يبيعه. انتهى.

42

43

وقال المتيطي: فإن شرط المحبس أن من ادعى منهم حاجة فهو مصدق فيصدق وينفذ الشرط، ومن ادعى منهم حاجة ولم يثبت غناه انطلق يده على بيعه. انتهى. والمسألة الأولى في كلام المؤلف هنا الثانية في كلام التوضيح، وأصلها في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس قال: سئل مالك عن رجل جعل دارا له حبسا صدقة على ولده لا تباع إلا أن يحتاجوا إلى بيعها، فإن احتاجوا إليها واجتمع ملؤهم على ذلك باعوا فاقسموا ثمنها الذكر والأنثى فيه سواء فهلوكوا جميعا إلا رجلا منهم فأراد بيعها [أذلك⁹⁹⁹] له وقد احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم فليل له إن امرأة ثم وهي بنت أخت الباقي الذي يريد أن يبيع، وهي من بنات المحبس قالت إن بعت فانا آخذ ميراثي من أمي. قال: لا أرى لها في ذلك شيئا.

قال ابن القاسم: ولو اجتمع ملؤهم على بيعها قسموا ثمنها على الذكر والأنثى سواء لأنها صدقة حازوها، وليست ترجع بما يرجع المواريث إلى عصة الذي تصدق بها. ابن رشد: قوله إلا أن يحتاجوا إلى بيعها يريد أو يحتاج أحدهم إلى بيع حظه منها قل الحبس لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم فيكون [ذلك له¹⁰⁰⁰] ويبطل الحبس فيه، ويكون ثمنه مالا من ماله، وكذلك إن احتاجوا كلهم فباعوا كان الثمن لهم مالا من مالهم على قدر حقهم في الحبس قلوا أو كثروا، فإن لم يبق إلا واحد فاحتاج فله الثمن كله، وبطل الحبس في الجميع بشرط المحبس، ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط [حقه لأنه¹⁰⁰¹] إنما مات عن

الحديث

⁹⁹⁹ - في المطبوع إذ ذلك ويم 47 وم 15 وما بين المعقوفين من ن ذي 43 ويحيى 365 وفي ميايى 31 أن ذلك.

¹⁰⁰⁰ - في المطبوع فيكون لهم وما بين المعقوفين من ن عقود ص 43 ويحيى ص 19 ويم ص 19 وم ص 15 وميايى 31.

¹⁰⁰¹ * - في المطبوع حقه إلا أنه وما بين المعقوفين من م 15 وميايى 31 وسيد 7 ويم 47 ويحيى 365 حقه لأنه.

وَتَنَاوَلَ الذَّرِيَّةُ وَوَلَدِي فَلَانٌ وَفَلَانَةٌ أَوْ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ وَأَوْلَادُهُمُ الْحَافِدَ لَا نَسْلِي وَعَقِي.

نص خليل

حبس لا يورث عنه، ويرجع إلى من معه في الحبس ولا يورث شيء منه عن [المحبس].¹⁰⁰² انتهى.
فروع: الأول: قال في المتبعية: وإذا قدم المحبس رجلا على الحوز لبنينه الصغار، وجعل له البيع عليهم إن احتاجوا فأجاز ذلك أحمد ابن بقي، وقال ابن لبابة ومحمد بن القاسم ليس للمقدم بيع الحبس حتى يثبت عند القاضي العذر الذي له يبيع والسداد في الثمن، وليس الوكيل كالمحبس عليه. انتهى.

متن الخطاب

الثاني: قال البرزلي: قال مالك فيمن حبس على ولده حبسا، وشرط لهم إن احتاجوا باعوا ذلك، فلحقهم دين أن لأصحاب الدين بيع الحبس من أجل ما شرطه المحبس لهم من البيع عند حاجتهم. انتهى. والمسألة في العتبية في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس سئل مالك عمن تصدق على ابنتين بدار على وجه الحبس، وكتب لهما في كتاب صدقته إن شاءتا باعتا وإن شاءتا أمسكتا فلهن دين كثير داينتا به الناس فقام عليهما الغرماء وقالوا نحن [نبيع]¹⁰⁰³ الدار قد كتب أبوكما في صدقته إن شئتما بعثما وإن شئتما أمسكتما. قال مالك: صدقوا في ذلك لهم أن يبيعوا الدار حتى يستوفوا. قال ابن رشد: لمالك في كتاب ابن المواز خلاف قوله هذا أنه ليس للغرماء ذلك، وهو الذي يأتي على ماله في كتاب التفليس من المدونة في الرجل يفلس وله أم ولد ومدبرون ولهم أموال أنه ليس للغرماء أن يجبروه على أن يأخذ أموالهم فيقضيها إياهم، ولا لهم أن يأخذوا إلا أن يشاء هو أن يفعل ذلك. انتهى.

قال البرزلي بعد نقله المسألة: قلت: قد يفرق بينهما بأن منفعة الدار حاصلة الآن للديانة ورقبتها كذلك للحاجة إليها، وقد انفك الحبس عنها، ومال العبد الأصل أنه له حتى ينتزعه بدليل شرائه، وهو يضاف للعبد لا للسيد بدليل جواز بيعه بحاله على المعروف، فالأصل بقاؤه على ملكه حتى يحدث فيه السيد حدثا يدل على الانتزاع، ولا يخالف هذا الأصل مسألة النذور والأيمان على تأويل فيها وبعض مسائل العتق. انتهى.

الثالث: تقدم عند قول المصنف: "واتبع شرطه" حكم ما إذا شرط / المحبس أنه إن وجد في الحبس ثمن رغبة فقد أذنت في البيع ويبتاع بثمنه ربعا مثله.

44

ص: وتناول الذرية وولدي فلان وفلانة الخ ش: تصويره واضح.
مسألة: إذا حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل يدخلون؟ قال المشذالي في الوصايا الأول: قال الوانوفي: لو حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل هذه المسألة كمسألة الشيوخ المشهورة في أحكام ابن زياد فيمن أوصى وقال جعلت النظر على ولدي فلان وفلان إلى فلان وفي أولاده من لم يسم فهل الإيصاء قاصر على المسمين أو لا؟ فيه تنازع بين ابن زرب وغيره، فهل مسألة التحبيس مثلها أو لا؟ فقال بعض المشاركة ليس مثلها لا يدخل في الحبس ويدخل في الإيصاء، والفرق بينهما أن الوصية بالأولاد قد علم المقصود بها وهو القيام بهم، وهو مظنة التعميم، فالتسمية ليست للتخصيص، وأما في الوقف فالمقصود فيه صرف المنافع، ويجوز قصرها على بعض دون بعض

الحديث

¹⁰⁰² - في المطبوع محبس وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 365.

¹⁰⁰³ - في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن ذى 43 ويحيى 365 وما يابى 32 ويم 47 وم 15.

وَالْمَلِكُ لِلْوَاقِفِ لَا الْعَلَّةُ فَلَهُ وَلَوَارِثِهِ مَنَعٌ مَّنْ يُرِيدُ إِصْلَاحَهُ وَلَا يُفْسَخُ كِرَاؤُهُ لِزِيَادَةِ وَلَا يُقْسَمَ إِلَّا مَاضٍ زَمَنُهُ.

نص خليل

أشبهها وكما يشهد بذلك العرف، وبدخولهن في قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ ﴾ الآية من غير خلاف. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: والمالك للواقف ش: ظاهره حتى في المساجد، ونقل القرافي الإجماع على أن المساجد ارتفع/ عنها الملك، وهو خلاف ما حكاه في أول الحبس من النوادر أن المساجد باقية أيضا على ملك محبسها. والله أعلم. ونصه في أثناء الترجمة الأولى في الاستدلال على جواز التحبیس والرد على شريح القائل: لا حبس على فرائض الله، وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع بيعها وميراثها والمساجد والأحباس لم يخرجها مالکها إلى ملك أحد، وهي باقية على ملكه وأوجب تسبيل منافعها إلى من حبست عليه فلزمه ذلك كما يعقد في العبد الكتابة والإجارة والإسكان، وأصل الملك له فليس للورثة حل شيء مما أوجب في المرافق وإن كان الملك باقيا عليه. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

46

ص: ولا يقسم إلا ما مضى زمنه ش: مسألة: قال ابن عرفة: وفيما تجب به الثمرة لمن حبس عليه اضطراب يعني إذا كان/ المحبس عليه معينا، وذكر الخلاف في ذلك. ثم قال: وإن لم يكونوا معينين كما لو حبس على رجل وعقبه ففي وجوبها بالطيب أو القسمة قولان.

47

قلت: عزاهما ابن زرقون لابن القاسم مع مالك وابن الماجشون. قال: وثالثها لأشهب بالإبار. انتهى. وما عزاه ابن زرقون لابن القاسم صرح به في كتاب الوصايا الثاني من المدونة، ونبه على ذلك في التنبيهات والرجراجي، وعزاه أيضا لابن الحاجب وابن كنانة. قال الرجراجي: وإنما نبهت على [هذا لأن أكثر شيوخ المتأخرين حكوا¹⁰⁰⁷] إجماع المذهب أنها تكون غلة بالطيب في هذا الفصل، وأين هم عما استخرجناه من الكتب واستشهدنا عليه بنصوص الأمهات. والتوفيق بيد الله يؤتیه من يشاء. انتهى. فقد علمت أن القول الذي عزاه لابن الماجشون هو مذهب المدونة. [ثم¹⁰⁰⁸] قال ابن عرفة: وأما الحبس على بنى زهرة فلا يجب إلا بالقسم، فمن مات قبله سقط حظه ومن ولد قبله ثبت حظه. [انتهى. ومثله¹⁰⁰⁹] الوقف على الفقراء وعلى بنى تميم ونحوهم. ثم قال: قلت والحبس على القراء بمواضع معينين كقراء جامع الزيتونة إن كان بقيد أن الثواب لمعين فهم كالأجراء، وتقدم كلام الشيوخ في المستأجر على الأذان والإمام يمرض بعض الأيام وإمام المسجد يموت وعليه دار محبسة وأهله بها هل يخرج، أو يقيم لتمام العدة؟ وإن كان الحبس لا بقيد كقراءة شفع المحراب بجامع الزيتونة فهم كالحبس على فلان وعقبه. انتهى.

قلت: ومثله الحبس على فقراء الرباط الفلاني والمدرسة الفلانية، ومذهب المدونة في ذلك لا يستحقون إلا بالقسم.

الحديث

¹⁰⁰⁷ - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 47 ويحيى ص 20 ويم ص 20 م ص 16 وما يابى 33.

¹⁰⁰⁸ - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 47 ويحيى ص 20 ويم ص 20 م ص 16 وما يابى 33.

¹⁰⁰⁹ * - في المطبوع ومسألة وما بين المعقوفين من م 16 ويحيى 20.

نص خليل

وَأَكْرَى نَاطِرُهُ إِنْ كَانَ عَلَى مُعَيَّنٍ كَالسَّنَتَيْنِ وَلَمْ يَرْجِعْهَا لَهُ كَالْعَشْرِ وَإِنْ بَنَى مُحْبَسٌ عَلَيْهِ فَمَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَهُوَ وَقْفٌ وَعَلَى مَنْ لَا يَحَاطُ بِهِمْ أَوْ عَلَى قَوْمٍ وَأَعْقَابِهِمْ أَوْ عَلَى كَوْلِدِهِ وَلَمْ يُعَيِّنْهُمْ فَضَلَ الْمُؤَلَّى أَهْلَ الْحَاجَةِ وَالْعِيَالِ فِي غَلَّةٍ وَسُكْنَى.

متن الخطاب

تنبيهه: على هذا القول إذا مات أحدهم وتقدم له فيها نفقة قال الرجراجي: فلا خلاف أن لورثته الرجوع بالنفقة لأن أصحابه قد انتفعوا بنفقتهم فيما عمله لهم، واختلف المتأخرون هل الرجوع بالأقل فيما أنفق أو بما ينوبه من الثمرة، أو إنما يرجع بقيمة النفقة نقداً؟ وثمره الخلاف إذا أجيحت الثمرة هل تسقط المطالبة وهو ظاهر المدونة، أم لا وهو ضعيف؟ انتهى باختصار.

ص: وإكراء ناظره إن كان على معين كالسنتين ش: يعني أن الحبس إذا كان على معينين كبني فلان فللناظر أن يكره سنتين أو ثلاث سنين ولا يكره أكثر من ذلك، ولكن لا يكون كراؤه بالنقد. انظر النوادر في ترجمة الحبس يزداد فيه أو يعمر من غلته وكراء الحبس السنين الكثيرة.

فرع: قال في البيان في رسم الأقضية الأول من سماع أشهب من كتاب الصدقات: فإن وقع الكراء في السنين الكثيرة على القول بأنه لا يجوز فعثر على ذلك، وقد مضى بعضها فإن كان الذي بقي يسيراً لم يفسخ، وإن كان كثيراً فسخ على ما قاله في كتاب محمد. اهـ.

قلت: ولم يبين حد اليسير، والظاهر أنه كالشهر والشهرين كما في مسألة كراء الوصي ربع الصغير ثم يتبين رشده، وذكر البرزلي في مسائل الحبس عن نوازل ابن رشد فيمن حبس على بني فلان أكرى أحدهم نصيبه خمسين عاماً؟ فأجاب إن وقع الكراء لهذه المدة على النقد فسخ وفي جوازه على غير النقد قولان الصحيح منهما عندي المنع، وهذا فيما يفسخ فيه الكراء بموت المكري وهذا كمسألتك، [و¹⁰¹⁰] أما الحبس على المساجد والمساكين وشبههما فلا يكرها الناظر لأكثر من أربعة أعوام إن كانت أرضاً، أو أكثر من عام إن كانت داراً وهو عمل الناس ومضى عليه عمل القضاة، فإن أكرى أكثر من ذلك مضى إن كان نظراً على مذهب ابن القاسم وروايته ولا يفسخ. انتهى. وقال في الشامل: وجاز كراء بقعة من أرض محبسة على غير معين أربعين سنة لتبني داراً وعمل به. انتهى. وانظر أحكام ابن سهل في أول كتاب الأقضية من مسائل الحبس في ترجمة قطع محبس باعت المحبسة، وانظر الأحكام الصغرى في مسائل الأقضية./

48

ص: أو على كولدته ولم يعينهم فضل المتولي أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى ش: قال ابن رشد: المبدأ في الحبس أهل الحاجة على الأغنياء في السكنى والغلة فلا سكنى للأغنياء معهم إلا أن يفضل عنهم شيء، فإن استووا في الفقر والغنى ولم يسعهم أكرى ذلك عليهم وقسم الكراء بينهم شرعاً، سواء إلا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه بما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون له ذلك. قاله ابن المواز. انتهى من سماع سحنون من كتاب الحبس. وقال في الشامل: ومن وقف على قوم وأعقابهم أو من لا يحاط بهم فضل الناظر ذا حاجة وعيال في غلة وسكنى على المشهور باجتهاده، فإن استووا فقرا وغنى أوثر الأقرب فالأقرب ودفع الفضل لمن يليه، فأما على ولده أو ولد ولده أو مواليه ولم يعينهم فكذلك وقيل الغني والفقير سواء، فإن عينهم سوى بينهم، فإن كان للغني

الحديث

متن الخطاب ولد فقير [قد بلغ¹⁰¹¹] أعطي بقدر حاجته. انتهى. وقال في النوادر: ومن المجموعة من حبس على قوم وأعقابهم أن ذلك كالصدقة لا يعطى الغني منها شيئا، ويعطى المسدد بقدر حاله، فإن كان للأغنياء أولاد كبار فقراء وقد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم. الباجي: يريد بالمسدد الذي له كفاية وربما ضاق حاله لكثرة عياله. انتهى. وفهم من قوله ولم يعينهم أنه لو عينهم أنه يسوي بينهم وهو كذلك. مسألة من نوازل ابن رشد: سأله عنها القاضي عياض؛ وهو عقد تضمن تحبيس فلان على ابنه فلان وفلان لجميع الرحا [الكذا¹⁰¹²] الكراء بالسوية بينهما [والاعتدال¹⁰¹³] حبسها عليهما [وعلى¹⁰¹⁴] عقبيهما حبسا مؤبدا، وتمم عقد التحبيس على واجبه وحوزه ومات الأب والابنان بعده وتركوا عقبا كثيرا، وعقب أحدهما أكثر من عقب الآخر، وفي بعضهم حاجة، فكيف ترى قسمة هذا الحبس بين هؤلاء الأعقاب هل على الحاجة، أم على السوية، أم يبقى في يد كل عقب ما كان بيد أبيه؟ فأجاب الواجب في هذا الحبس إذا كان الأمر فيه على ما وصفت أن يقسم على أولاد العقبين جميعا على عددهم وإن كان عقب الولد الواحد أكثر من عقب الآخر بالسواء إن استوت حاجتهم، وإن اختلفت فضل ذو الحاجة منهم على من سواه بما يؤدي إليه الاجتهاد على قدر قلة العيال أو كثرتهم، ولا يبقى بيد ولد كل واحد منهما ما كان بيد أبيه قبله. وبالله التوفيق.

مسألة: سئل عنها الوالد عن أرض وقف تسمى بالرهط وتنسب لعمر بن العاص رضي الله عنه، وأنه أوقفها على ذريته وذريته، أفخاذ منهم الرخامي والحطامي والساري، وكل واحد منهم بيده قطعة أخذها من آبائه فهل له أن يقسمها بين أولاده الذكور والإناث، ويكون لمن مات من الإناث أن تنقل حظها لأولادها حتى إنهم لو كانوا من فخذ آخر أخذوا ما صار لهم من أبيهم وما صار لهم من أمهم وليس ثم كتاب ولا شرط؟ فأجاب إذا ثبت الوقف بالبينة أو بالشيوخ، فإن علم شرط الواقف بكتاب وقف أو بيينة تشهد به ولو بالشيوخ اتبع، وإن لم يعلم شرط الواقف وثبت له عادة قديمة فيصرف الوقف على ما جرت به العادة القديمة إذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعي، وليس لمن صار بيده شيء من الوقف أن يبيعه ولا يقسمه بين أولاده ولا يؤجره مدة طويلة بل يبقى بيده، فإذا مات انتقل لمن جرت العوائد المذكورة أعلاه بانتقاله إليه، ثم سئل عنه مرة أخرى فأجاب عنه بما تقدم، وزاد فيه وإذا لم يثبت لهم شرط ولا عادة، وثبت أن الوقف على الذرية قسم بينهم في كل سنة على السوية إلا أن يكون فيهم محتاج فللناظر أن يؤثره على غيره. والله سبحانه أعلم. ومستنده في ذلك ما ذكره ابن فرحون في تبصرته في الباب السابع والخمسين والباب السبعين. قال فيه: وقد تقدم أنه يقبل قول متولي نظر الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف، وذكر أن العادة جرت بصرف غلته في الوجوه التي يذكرها. والله أعلم./

1011 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 48 ويحيى ص 21 ويم ص 21 م ص 17 وما يابى 34.

1012 - سقط من المطبوع وم ص 21 ويحيى ص 21 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 48 م ص 17 وما يابى 34.

1013 - * في المطبوع والاعتدال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1014 - في المطبوع وعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 48 ويحيى ص 21 ويم ص 21 م ص 17 وما يابى 34.

نص خليل

وَلَمْ يُخْرِجْ سَاكِنٌ لغيرِهِ إِلَّا بِشَرْطٍ أَوْ سَفَرٍ انْقِطَاعٍ أَوْ بَعِيدٍ.
باب الهبة تَمْلِيكٌ بِلَا عَوَضٍ وَلِثَوَابِ الآخِرَةِ صَدَقَةٌ وَصَحْتُ فِي كُلِّ مَمْلُوكٍ يُنْقَلُ.

متن الخطاب ص: ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرطش: قال ابن عرفة: قال ابن الحاجب: ولا يخرج الساكن لغيره وإن غنيا. ابن عبد السلام: لما تكلم على حكم المساواة والترجيح قبل السكنى [تحدث على¹⁰¹⁵] ما إذا سكن أحدهم لموجب الفقر ثم استغنى، فإن ذلك الحكم لا يرتفع بارتفاع سببه وهو الفقر، ولعل ذلك لأن عودته لا تؤمن، وإلا فالأصل أن يخرج، وهذا في الوقف على غير معين. قال ابن عرفة: قلت: في لفظه ولفظ ابن الحاجب إجمال لأن ظاهر لفظهما، سواء كان الحبس على [عقب¹⁰¹⁶] ونحوه أو على الفقراء فسكن بعضهم لاتصافه بالفقر ثم استغنى أنه لا يخرج لغيره، وليس الأمر كذلك. قال ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم: من استحق مسكنا من حبس هو على الفقراء لفقره أخرج منه إن استغنى، وفي رسم أدرك من سماع ابن القاسم من استحق مسكنا من حبس هو على العقب وهو غني لانقطاع غيبة المحتاج ثم قدم أنه لا يخرج؛ لأنه لم يدخل عليه ولكنه سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه، وروى الباجي لو سافر مستحق السكنى لبعض ما يعرض للناس كان له كراء مسكنه إلى أن يعود، ولو انتقل إليه أحد من أهل الحبس رد لمنزله، وأخرج منه من دخل فيه. انتهى من آخر كتاب الحبس منه. وقال الفاكهاني في شرح قوله في الرسالة: "ومن سكن فلا يخرج لغيره" ما نصه: إلا أن يرى الناظر إخراجه وإسكان غيره مصلحة للحبس فله ذلك، لا سيما إن خاف من سكناه ضررا ومثل هذا جعل الناظر. انتهى من الشيخ زروق ناقلا له عن الفاكهاني. وهو ظاهر فتأمله. والله أعلم.

باب

ص: الهبة تملك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة ش: قال ابن عرفة: الهبة أحد أنواع العطية، وهي أي العطية تملك متمول بغير عوض إنشاء، فيخرج الإنكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه، وتدخل العارية والحبس والعمرى والهبة والصدقة. ثم قال: والهبة لا لثواب تملك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض، والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطى، وفي الهبة لكونها كذلك مع إرادة الثواب من الله صدقة أو لا قولاً الأكثر ومطرف حسبما يأتي ذكره في الاعتصار، وتخرج العارية والبيع، فقول المصنف: "الهبة تملك بلا عوض" يريد ولم تتمحض لثواب الآخرة، وذلك أعم من أن تكون لوجه المعطى فقط أو لذلك مع قصد ثواب الآخرة، فإن تمحضت لثواب الآخرة، فهي الصدقة، وهذا معنى قوله: "ولثواب الآخرة صدقة"

فائدة: ورد في الحديث: {داووا مرضاكم بالصدقة¹} سئل ابن رشد عن هذا الحديث ومعناه؟ فأجاب بأني لست أجده في نص من المصنفات الصحيحة، ولو صح/ فمعناه الحث على عيادة المرضى؛ لأن ذلك من المعروف وكل معروف صدقة فيحصل له السرور والدعاء له، ولا شك في رجاء الإجابة له والشفاء

50

1- عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم داووا مرضاكم بالصدقة وحصنوا أموالكم بالزكاة وأعدوا للبلاء الدعاء، البيهقي في سننه، الكبرى، كتاب الجنائز، ج3 ص382، دار الفكر.

الحديث

¹⁰¹⁵ * - في المطبوع فحث على وما بين المعقوفين من ابن عرفة مخطوط مكتبة أحمد سالك بن ابوه ص361.

¹⁰¹⁶ * - في المطبوع معقب وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ابن عرفة ص361.

متن الحطاب فينفعه في الدواء. قال البرزلي: وحمله بعض شيوخنا على ظاهره، وأنه إذا تصدق عنه ويطلب له الدعاء من المتصدق عليه [يرجى¹⁰¹⁷] له الشفاء. ذكره البرزلي في آخر مسائل الوصايا والمحجور، وهو في النوازل في باب الجامع، والحديث أخرجه الطبراني والبيهقي، وقال العراقي في تخريج [أحاديث¹⁰¹⁸] الإحياء حديث: {الصدقة تسد سبعين بابا من سوء¹}. ابن المبارك: في البر من حديث أنس بسند ضعيف: {إن الله ليدرأ بالصدقة سبعين بابا من ميتة سوء²}. والله أعلم.

فرع: قال في أثناء كتاب الهبة من المدونة: ومن وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب لم يجز، إلا أن يكون سفيها أو صغيرا فيشترط ذلك عليه ما دام في ولاية فيجوز، وإن شرط ذلك عليه بعد زوال الولاية لم يجز كان ولدا للواهب أو أجنبيا. المشذلي: قال القاسبي عن [أبي¹⁰¹⁹] عمران: انظر ما معنى سفيها أو صغيرا وهما لا يجوز بيعهما شرطه أم لا؟. أبو عمران: لعله أراد أن لا تباع عليه إذا احتاج إلى النفقة؛ لأن لوليه بيع عروضه في النفقة فشرط أن لا تباع ويباع غيرها إن وجد. قال القاسبي: الهبة جائزة، وهي كالحبس المعين، [و¹⁰²⁰] لو وهب هبة لسفيه أو يتيم [وشرط¹⁰²¹] أن تكون يده مطلقة عليها، وأنه لا نظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط. انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن: حصل ابن رشد فيها في رسم إن خرجت من سماع عيسى خمسة أقوال: الأول: أن الصدقة والهبة لا تجوز إلا أن يشاء الواهب أن يبطل الشرط، فإن مات أحدهما بطلت، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية ومثل قول ابن القاسم في رواية سحنون. الثاني: أن الواهب مخير بين أن يترك شرطه أو يسترد هبته، وورثته بعده [مثله¹⁰²²] ما لم ينتقض أمره بموت الموهوب، وهذا القول يأتي على ما في مسألة الفرس. الثالث: أن الشرط باطل والهبة جائزة، وهذا يأتي على ما في المدونة في مسألة تحببس الدار واشترط ترميمها على المحبس عليه.

الرابع: أن الشرط عامل والهبة ماضية لازمة، فتكون الصدقة [بيد¹⁰²³] المتصدق عليه كالحبس لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث، وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية وقول مطرف في الواضحة، وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن الرجل له أن يفعل في ملكه ما شاء. الخامس: أن يكون ذلك حبسا فإذا مات المتصدق عليه أو الموهوب له رجع إلى المتصدق أو ورثته أو أقرب الناس بالمحبس على اختلاف قول مالك. انتهى. والأقوال مبسوسة في كلام ابن رشد بأكثر من هذا، فراجعها في الرسم المذكور من السماع المذكور من كتاب الصدقات والهبات. والله أعلم.

1- الاتحاف، ج 4 ص 167، دار الفكر.

2- الاتحاف، ج 4 ص 167، دار الفكر.

¹⁰¹⁷ في المطبوع ويرجى وما بين المعقوفين من ن عدود 50 وميaby 36 ويم 50 وم 17 ويحيى 367.¹⁰¹⁸ - سقط من المطبوع وميaby 36 و م ص 17 وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 50 ويحيى ص 21 ويم ص 22¹⁰¹⁹ - في المطبوع و م ص 17 عن ابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص 21 ويم ص 22

وميaby 36.

¹⁰²⁰ - سقط من المطبوع وميaby 36 وم ص 17 ويم ص 22 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص 21.¹⁰²¹ - في المطبوع أو شرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص 21 ويم ص 22 م ص 17 وميaby 36.¹⁰²² - سقط من المطبوع ويم ص 22 م ص 17 ويحيى ص 22 وميaby 36 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50.¹⁰²³ - في المطبوع بين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 51 ويحيى ص 22 وم ص 18 ويم ص 22 وميaby 36.

متن الخطاب
 فرع: قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة: ومن قال في وصيته أحجوا فلانا ولم يقل عني أعطي من الثلث بقدر ما يحج به، فإن أبى الحج فلا شيء له وإن أخذ شيئاً رده إلا أن يحج به. قال المشذلي: قال ابن عرفة: كان بعضهم يأخذ من هنا أن من أوصى لرجل بمال ليتزوج به فلم يفعل أنه يرجع ميراثاً، والذي عندي أنه ينظر إلى ما يفهم بالقرائن عن الموصي إن أراد الإرفاق والتوسعة عليه فيكون له وإن لم يتزوج، وإن أراد خصوصية النكاح رجع ميراثاً، وإن جهل الأمر فالأصل عدم تجاوز النكاح فإن انعدم رجع ميراثاً.

قلت: الظاهر أنها تجري على ما قال بعض الشيوخ في كتاب المكاتب فيمن أخذ مالا ليغزو به فلم يغز أنه يرد، وكذا ابن السبيل إذا دفع له مال ليتحمل به فلم يسافر أنه يرده، ومن دفع له مال ليقرأ فلم يفعل أنه يرده، وحكي أن الفقيه التادلي وقعت له هذه المسألة دفع له أبوه مالا ليقرأ عليه، فرأى أن غرض أبيه لم يحصل فرد له المال، وأخبره أنه لم يبلغ من القراءة غرضه، فأتى أبوه إلى بعض

الصالحين فشكا له أمره فدعا له، وقال اللهم افتح له المدونة كما فتحتها لسحنون. / المشذلي: والصالح الذي دعا له ذكر بعضهم أنه الشيخ أبو يعزى رحمه الله. قاله الشيخ أبو الحسن في كتاب المكاتب. وقال ابن رشد في أول نوازل [عيسى¹⁰²⁴] من الوكالات: وإذا صالح الوكيل عن الغريم من ماله فلم يجز الموكل الصلح فله أن يرجع بما دفع من ماله؛ لأنه إنما دفعه على أن يحط عن الغريم ما صالح على حطه، فإذا لم يحط كان له الرجوع، ولها نظائر كثيرة منها مسألة المكاتب في المدونة في قوم أعانوا مكاتباً ليفكوه، فلم يكن فيما أعانوه كفافاً أن لهم أن يرجعوا فيه إلا أن يجعلوا المكاتب في حل، ومن ذلك صلح من قتل رجلين أولياء أحدهما ويأبى أولياء الآخر فإن له أن يرجع؛ لأنه إنما صالح على النجاة. قاله في سماع يحيى من الدعوى. انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن في مسألة الوصايا: يقوم منه أن من أعطى مالا لاشتغاله بطلب العلم أنه لا ينفقه في غير ذلك، وكذلك من توهم فيه صلاح أو غيره من وجوه الخير وهو يعلم أنه ليس كذلك أنه لا يجوز له أخذه، وانظر مسألة الحافظ التادلي، ويشير لما حكاه المشذلي عنه كما تقدم، وقال في النوادر في كتاب الهبات: ومن أعطي نفقة فقيل له تقو بها في السبيل فليشتر من ذلك القمح والزيت والخل وكل ما ينتفع به في السبيل، ولا يشتري به الدجاج ونحوه، وما فضل فرقه في السبيل أو رده إلى ربه إلا أن يقال اصنع به ما شئت هي لك فهذا إذا بلغ في غزوه صنع به ما يصنع في ماله، وأما إن قال له ذلك الوصي فلا يجوز ما قاله الوصي أن يفرقه في غير السبيل إلا أن يوصي إليه بمثل هذا. انتهى.

مسألة: إذا قال تصدقت بجميع ميراثي أو بميراثي على فلان، وهو كذا وكذا في الغنم والبقر والرمك والثياب والدور والأرضين إلا الأرض البيضاء فإنها لي، وفي تركته جنان لم ينص عليه قال أصبغ له كل شيء إلا ما استثناه إذا كان يعرفه، وأرى الجنان إن كان يعرفه داخلاً في الصدقة؛ لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان، إلا أن تكون الأرض هي الجنان عند الناس. قاله في رسم القضاء المحض من كتاب الصدقات من سماع أصبغ. قال ابن رشد: وهذا كما قال؛ لأنه قد تصدق عليه

51

مِمَّنْ لَهُ تَبَرُّعٌ بِهَا وَإِنْ مَجْهُولًا أَوْ كَلْبًا وَدَيْنًا وَهُوَ إِبرَاءٌ إِنْ وَهَبَ لِمَنْ عَلَيْهِ.

متن الخطاب بجميع ميراثه إلا الأرض البيضاء كما قال، فوجب أن يكون الجنان داخلا في الصدقة إلا أن يكون عند الناس من الأرض البيضاء كما قال. انتهى.

ص: ممن له تبرع بها ش: قال ابن عرفة: قال ابن شأس وابن الحاجب الواهب من له التبرع. قلت: ليس التبرع بأعرف من الهبة لأن العامي يعرفها دونه والأولى هو من لا حجر عليه بوجه. انتهى. قوله: "لا حجر عليه بوجه" يريد في القدر الذي [تصح¹⁰²⁵] له منه الهبة لقوله بعده: وتصح من المريض في ثلثه إذ لا حجر عليه فيه فتأمل. والله أعلم.

فرع: قال في أول كتاب الصدقة من المدونة: وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين فلم [تخرج¹⁰²⁶] من يده حتى مات فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه؛ لأن حكم ذلك [وحكم¹⁰²⁷] ما أعتق الإيقاف ليصح المريض فيتم ذلك أو يموت فيكون في الثلث، ولا يتم فيه لقابض في المرض قبض ولو قبضه كان للورثة إيقافه، وليس لمن قبضه أكل غلته إن كانت له غلة ولا أكله إن كان مما يؤكل ولا رجوع للمريض فيه لأنه بطل خلاف الوصية، ولا يتعجل قبضه إلا على أحد قولي مالك في المريض له مال مأمون فينفذ ما بطل من عتق وغيره. انتهى.

ص: وإن مجهولا ش: قال في المدونة: والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز [لا¹⁰²⁸] في البيع، ومن وهب لرجل موروثة من فلان، وهو لا يدري كم هو سدس أو ربع، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار، وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز. انتهى. ونقله في النوادر في كتاب الهبات والصدقات عن كتاب ابن المواز، وقال قبله: قال أبو محمد: وأعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة، وقال ابن عبد الحكم تجوز هبة المجهول ولو ظهر له أنها كثير¹⁰²⁹ بعد ذلك. انتهى.

فرع: قال في النوادر عن كتاب ابن المواز: وإن تصدق عليه ببيت/ من داره، ولم يسم له مرفقا فليس له منه من مدخل ومخرج ومرفق بئر ومرحاض إن لم يسمه في الصدقة، وليس له أن يقول افتح بابا حيث شئت، وكذلك في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وإذا وهب له [حائطا¹⁰³⁰] وله ثمر وزعم أنه إنما وهبه الأصل دون الثمرة، فإن كانت لم تؤبر فهي للموهوب له، وإن كانت مؤبرة فهي للواهب ويقبل قوله ولا يمين عليه. انتهى. قاله في كتاب الصدقة. وانظر كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الصدقات والبرزلي في كتاب الهبات فإنهما أطلا في ذلك، وذكرنا فروعا مناسبة. والله أعلم.

ص: وهو إبراء إن وهب لمن هو عليه ش: قال في المدونة: ومن وهبك ديناً له عليك فقولك قد قبلت قبض وإذا قبلت سقط، وإن قلت لا أقبل بقي الدين بحاله. أبو الحسن: وإن سكت فقولان، ويؤخذ

52

1025 - في المطبوع يصح وما بين المعقوفين من بم 50 ويحيى 368.

1026 - في المطبوع يخرج وما بين المعقوفين من من يحيى 51.

1027 - في المطبوع حكم وما بين المعقوفين من التهذيب ج 4 ص 338.

1028 - في المطبوع إلا وما يابى 37 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 51 وم 18.

1029 - في بم 51 له أنه كثير.

1030 - في المطبوع ويحيى ص 22 وم ص 18 حائط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 52 ويم ص 23 وما يابى 38 (حائطه).

نص خليل وَإِلَّا فَكَالْرَهْنِ وَرَهْنًا لَمْ يُقْبَضْ وَأَيَسَرَ رَاهِنُهُ.

متن الخطاب القولان من مسألة الأرض التي بعد هذا إذا افترقا ولم يقل قبلت فقال ابن القاسم الهبة ساقطة، وقال أشهب الدين لمن هو عليه وإن لم يقل ذلك حتى مات الواهب. انتهى. وقال في الشامل: وإن وهب الدين لمن هو عليه والوديعة لمن هي تحت يده فقبل مضى، وإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب بطلت الهبة على الأصح؛ كأن قال لا أقبل. انتهى. وقال البرزلي في مسائل الصدقة: وسئل أبو محمد عمن كان عليه دين فتركه صاحبه له، ولم يقل الذي عليه قبلت إلا أنه سمعه، ثم قام صاحب الدين يطلبه وقال إذا لم يقل قبلت فليس له شيء، فأجاب إذا قال المطلوب إنما سكت قبولا لذلك فالقول قوله. قال البرزلي: قلت: جعل السكوت هنا قبولا ويتعارض فيها مفهوم المدونة، ونقل كلامها المتقدم.

فرع: قال ابن عرفة ناقلا له عن الباكي: دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقا. قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين. انتهى. وسيأتي كلامه برمته إن شاء الله. ص: وإلا فكالرهن ش: أحال على الرهن ولم يتقدم له فيه شيء، وقال ابن الحاجب في باب الرهن وقبض الدين بالإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن، وقبله في التوضيح. ثم قال ابن الحاجب هنا في باب الهبة: وتصح هبة الدين وقبضه كقبضه في الرهن مع إعلام المدين بالهبة. قال في التوضيح هنا: قوله مع إعلام إلى آخره زيادة بيان؛ لأن قوله كقبض الرهن يغني عنه، ألا ترى أنه قال في كتاب الرهن وقبض الدين إلى آخره، ثم إن إعلام المدين إنما هو مع حضوره، وأما إن كان غائبا ففي المدونة يصح القبض إذا أشهد لك وقبضت ذكر الحق وهكذا تقبض الديون ولم يتعرض المصنف -يعني ابن الحاجب- لقبض الوثيقة.

قال في الهبة من المدونة: وإن كان دينه على غيرك فوهبه لك فإن أشهد لك، وجمع بينك وبين غريمه ودفع لك ذكر الحق إن كان عنده فهذا قبض، فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق وأشهد لك وأحالك كان ذلك قبضا، وحمله صاحب النكت على ظاهره من أنه إن لم يدفع ذكر الحق لا تصح الهبة بموت الواهب، كالدار المغلقة إذا لم يعطه مفاتيحها حتى مات الواهب أنه لا يصح للموهوب شيء وإن أشهد له، وجعل دفع الوثيقة في وثائق ابن العطار من شروط الكمال، وظاهر قول المصنف: "مع إعلام المدين"، وقوله في المدونة: وجمع بينك وبين غريمه أن ذلك شرط، ويجب أن يحمل على أنه شرط كمال؛ لأنه قد حكى في البيان في الجزء الثاني من الصدقات الاتفاق على عدم اشتراطه فقال: ولا خلاف في أن الذي عليه الدين حائز لمن تصدق عليه به وإن لم يعلم المتصدق عليه غائبا أو [حاضرا. انتهى¹⁰³¹] كلام التوضيح. فتأمل مع كلامه هنا، وقوله في التوضيح في آخر كلامه: وإن لم يعلم المتصدق عليه غائبا أو حاضرا كذا هو في التوضيح، والذي في البيان إن كان المتصدق عليه غائبا أو حاضرا فقبل ذكره في رسم العشور من سماع عيسى فقف عليه.

فرع: فإن دفع الدين بعد علمه بالصدقة للمتصدق غرمه/ للمتصدق عليه. قال ابن رشد: ويرجع به

53

الحديث

¹⁰³¹ - في المطبوع و م ص 19 حاضرا فقبل انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 52 ويحيى ص 23 ويم ص 23 وما يابى 38.

نص خليل أو رَضِيَ مُرْتَهِنُهُ وَإِلَّا قُضِيَ بِفَكَهِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُعَجَّلُ وَإِلَّا بَقِيَ لِبَعْدِ الْأَجَلِ بِصِيغَةٍ أَوْ مُفْهِمًا وَإِنْ يَفْعَلُ كَتَحْلِيلَةٍ وَلَدِهِ لَا يَأْبَنُ مَعَ قَوْلِهِ دَارَهُ.

متن الخطاب على المتصدق به الذي دفعه إليه، وإن لم يعلم فلا غرم عليه، ورجع المتصدق عليه فأخذه من المتصدق. قاله في رسم العشور من سماع عيسى من الصدقات والهبات.

فرع: فإن وهب ديناً وله عليه شاهد واحد فهل يحلف رب الدين أو الموهوب له؟ قال المشذلي في حاشيته على المدونة في الشفعة: لو وهب له ديناً وله به شاهد حلف الموهوب له مع شاهد الواهب واستحق الدين، وتقدم في السلم الثالث مسألة المرأة تهب كالثأر بعد موت زوجها مع ما يناسبها. انتهى. ويشير لما قاله في كتاب السلم الثالث في قوله: وإن ابتعت طعاماً فلم تقبضه حتى أسلفته، ومما يشبه هذا ما قالوه فيمن اشترى سلعة من رجل ثم أنكر البائع ولم يجد المشتري؛ على الشراء إلا شاهداً واحداً، وكان قد تصدق بما اشتراه أن اليمين على المتصدق عليه لا على المشتري لأنه يقول لا أحلف ويأخذ غيري. حكاه الشيخ أبو الحسن في كتاب الولاء، وذلك خلاف ما أشار إليه صاحب الطراز عن الأبهري في امرأة تصدقت بكاليء صداقها وقد أثبتته على زوجها الميت قال: لا يقبضه المتصدق عليه إلا بعد يمين المرأة أنها لم تقبضه ولا وهبته ولا أحالت به ولا تصدقت به خوفاً أن تكون إنما فعلت لتدفع اليمين عنها، وقال البرزلي في كتاب الهبات: رأيت معلقاً على فتوى ابن رشد في الهبة يحلف الواهب، وقد تقدم عن ابن عات إذا وهب الدين بشاهد واحد من [الحالِفُ] ¹⁰³² انتهى. وما ذكره عن الشيخ أبي الحسن هو في شرح قوله في المدونة: ومن أقام بينة في دار أنها لأبيه، وقد ترك أبوه ورثة سواه. الشيخ: نزلت مسألة وهي أن رجلاً اشترى شيئاً ولم يقيم على الشراء إلا شاهداً واحداً وتصدق بذلك الشيء، ثم قام البائع عليه فإن اليمين هنا على المتصدق عليه؛ لأن المشتري يقول لا أحلف وينتفع غيري، وهذا يظهر من مسألة الغرماء. انتهى. وانظر لو كان المشتري باعه ثم قام البائع على المشتري الثاني فهل اليمين عليه أو على المشتري الأول؟ وقد نزلت هذه المسألة فانظر ذلك. والله أعلم.

ص: أو رَضِيَ مُرْتَهِنُهُ ش: يريد وقبضه فأحرى إن لم يقبضه. والله أعلم.

ص: وإلا قُضِيَ عَلَيْهِ بِفَكَهِ إِنْ كَانَ الدِّينُ يُعَجَّلُ ش: أي وإن لم يرض المرتهن بإمضاء الهبة بعد قبض الرهن قضي عليه بفكه إلى آخره، وظاهره سواء كان الواهب يجهل أن الهبة لا تتم إلا بتعجيل الدين أم لا. وقال في التوضيح: نص للخصمي وابن شاس على أنه إذا كان ممن يجهل ذلك يحلف على ذلك، ولا يجبر على تعجيل الدين اتفاقاً. انتهى./

ص: بصيغة أو مفهمها ش: قال في الذخيرة: الركن الرابع السبب الناقل، وفي الجواهر هو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التملك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل. انتهى. وفي جعله الركن سبباً تأمل. ثم قال في الذخيرة: تنبيه: مذهب الشافعي [القبول على الفور] ¹⁰³³، وظاهر مذهبنا يجوز على التراخي لما يأتي بعد من إرسال الهبة للموهوب قبل القبول

54

الحديث

¹⁰³² - في المطبوع الحلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 53 ويحيى ص 23 ويم ص 23 م ص 19 وميايى 39.

¹⁰³³ * - في المطبوع القبول فوراً على الفور وما بين المعقوفين من م 19 ويحيى 370 وسيد9.

والشافعي يقول لا بد من توكيل الرسول في أن يهب عنه ولم يشترط ذلك مالك، وقد وقع لأصحابنا أن للموهوب له التروي في القبول. انتهى. وانظر التوضيح في شرح مسألة هبة الوديعة للمودع. والله أعلم. تنبيه: تقدم في باب الحجر ويأتي في الوصايا أن الرقيق لا يحتاج إلى إذن سيده في القبول في الهبة والصدقة والوصية، وأن المصنف قال: لو قيل بمنعه من القبول للمنة التي [تترتب¹⁰³⁴] على السيد بسبب ذلك ما بعد، وانظر على هذا إذا وهب للصغير [أو تصدق عليه¹⁰³⁵] أو أوصي له هل لوليه رد ذلك أم لا؟ لم أقف على نص في ذلك، والظاهر أن للأب والوصي النظر في ذلك؛ لأن المال قد يكون حراما وقد يكون فيه منة على الوالد أو ولده ولا يجب ذلك، ولا كلام أن له الرد إذا كان يطلب عوضا عن ذلك من مال الولد، ثم رأيت في كتاب الأيمان من ابن يونس في شرح قوله: وإن حلف أن لا يأكل لرجل طعاما فدخل ابن الحالف على المحلوف عليه فأعطاه خبزا، فخرج الصبي بالخبز لأبيه فأكل منه الأب ولم يعلم حنث.

قال سحنون: أما أنا فتبين عندي [أنه¹⁰³⁶] لا حنث؛ لأن الابن قد ملك الطعام [دون¹⁰³⁷] الأب. قال أبو إسحاق: لم يجعل ملك ابنه [تقرر¹⁰³⁸] على ما أعطاه فيصير الأب قد أكل مال ابنه لا مال المحلوف عليه، ولعله أراد أن ذلك يسير للأب رده، فلما كان له رده لم يتقرر للابن عليه ملك إلا برضا الأب، فلهذا حنث الأب، وأما لو وهبه هبة كثيرة لها بال لا يقدر الأب على ردها فأكل منها الأب لا نبغي أن لا يحنث؛ لأنه مال لا يقدر الأب على رده على الواهب، وقال ابن يونس: قال بعض أصحابنا إن كان الأب موسرا حتى يكون له رد ما وهب لابنه من طعام [ولا ينتفع به¹⁰³⁹] إلا بأكله في الوقت كالكسرة والتمرة وشبه هذا مما يناوله الإنسان لمن يدخل؛ لأن الأب يقول نفقة ابني علي فليس لأحد أن يحمل عني منها شيئا بغير إذني، فهذا إذا أكل مما أعطاه الصبي حنث، ويعد ذلك قبولا منه [لخبز¹⁰⁴⁰] المحلوف عليه، وإن كان الأب معدما حتى لا يلزمه نفقة ولده، وكان عيش الابن من عند غير الأب من الصدقات ونحوها فأعطاه ذلك الرجل هذا فأكل منه الأب لم يحنث.

قال: وهذا معنى قول مالك. والله أعلم. قال وعبداه وابنه في هذا سواء؛ لأن له رد ما وهب لعبداه قل أو كثر إلا أن يكون على العبد دين فليس له رد ما وهب له من مال. انتهى. وما ذكره عن بعض أصحابنا ذكره في النكث عن بعض القرويين، ونقل ذلك في الذخيرة، وقال

1034 - في المطبوع ترتبت وما بين المعقوفين من يم 52 ويحيى 370 وم 19.

1035 - في المطبوع أو تصدق به عليه وما بين المعقوفين من يحيى 370 ويم 52 وسيد 9 وم 19 وما يابى 39.

1036 - سقط من المطبوع و م ص 19 لا يحنث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 وما يابى 39 ويحيى أنه لا يحنث ص 24 ويم أنه لا يحنث ص 24.

1037 - في المطبوع من الاب وما يابى 39 ويحيى ص 24 ويم ص 24 و م ص 19 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54.

1038 - في المطبوع ويحيى ص 24 و يم ص 24 تقررا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 وما يابى 39.

1039 - في يحيى 370 وسيد 9 وم 19 وما يابى 40 من طعام لا ينتفع به.

1040 - في المطبوع الخبز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 ويحيى ص 24 ويم ص 24 م ص 19 وما يابى 40.

نص خليل وَحِيزَ وَإِنْ بَلَإُ إِذْنٍ وَأَجْبَرَ عَلَيْهِ.

متن الخطاب القرافي في الفرق الخامس والثلاثين [بين¹⁰⁴¹] [قاعدة¹⁰⁴²] الأسباب الفعلية: تصح من المحجور دون القولية، فلو صاد ملك الصيد أو احتش ملك الحشيش، بخلاف ما لو اشترى أو قبل الهبة أو الصدقة أو قارض أو غير ذلك من الأسباب القولية لا يترتب له عليها ملك. انتهى. ولم يذكر المصنف الركن الرابع وهو الموهوب له، وشرطه قبول الملك. والله أعلم.

ص: وحيز وإن بلا إذن وأجبر وليه عليه ش: والحائز هو الموهوب له إن كان رشيدا فإن كان سفيها فوليه، وفي صحة حوز السفيه قولان ذكرهما ابن عرفة في كتاب الهبة، وكلام المصنف في التوضيح والمختصر في كتاب الوقف يقتضي ترجيح القول بصحة حوزة، وتقدم الكلام عليه عند قوله في باب الوقف: "ولو سفيها". وقوله: "وأجبر عليه" أي على أن يحوزة، وهذا على المشهور من أن الهبة تلزم بالقول. قال ابن عرفة: والمعروف لزوم العطية بعقدها. ابن زرقون: قال المازري للواهب الرجوع في هبته قبل حوزها عند جماعة وفي قوله/ شاذة عندنا، وحكاها الطحاوي عن مالك وحكاها ابن خوير منداد عن مالك.

قلت: تقدم في الحبس نقل ابن رشد الاتفاق وهي لمعين دون يمين ولا تعليق يقضى بها. ابن رشد: اتفاقا. قال: وعلى غير معين كذلك فيها لا يقضى بها. ابن رشد: في القضاء بها قولان على [اختلاف الرواية¹⁰⁴³] فيها وعلى معين في يمين أو تعليق فيها لا يقضى بها. ابن رشد: هذا هو المشهور. ولمحمد بن دينار من تسرى على امرأته وقد شرط لها أنه إن تسرى عليها فالسرية لها صدقة تامة [وأعتقها¹⁰⁴⁴] بطل عتقه وكانت لها، وهو خلاف المشهور، وقول ابن نافع من شرط لمبتاع سلعة إن خاصمه فهي صدقة عليه فخاصمه لزمته الصدقة إن حمل اللزوم على القضاء بها فهو مثله. ابن زرقون: لابن نافع من قال إن تزوجت عليك فأمتي صدقة عليك قضي عليه بذلك، وقاله ابن دينار. قلت: هذا خلاف عزو ابن رشد مسألة الأمة لابن دينار، ومسألة السلعة لابن نافع وجزمه به خلاف جعله ابن رشد محتملا، وفي القضاء بالملق باليمين لغير معين نقل ابن زرقون عن أصبغ والمعروف، وفي إيجاب دعوى هبة معين يمين الواهب قول الجلاب، ونقل الباجي عن ظاهر المذهب قائلا دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقا.

قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين. انتهى. وقال في الذخيرة في آخر كتاب الهبة: قال صاحب المنتقى: الهبة والصدقة والحبس متى كانت على وجه اليمين لمعين أم لا لا يقضى بها اتفاقا، لأنه لم يقصد البر بل اللجاج ودفع المحلوف عليه وعلى غير اليمين يقضى بها. قاله ابن القاسم، وقال أشهب إلا أن يكون على معين فإن الحق له حتى يطلبه. انتهى. وانظر الكلام في ذلك

55

الحديث

¹⁰⁴¹ - سقط من المطبوع وما يابى 40 ويحيى ص 24 و م ص 19 وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 54.

¹⁰⁴² * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الفروق ص 343.

¹⁰⁴³ - في المطبوع اختلاف في الرواية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24 ويم ص 24 و م ص 19.

وما يابى 40.

¹⁰⁴⁴ - في المطبوع وإن أعتقها ويم ص 24 و مك ص 19 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24.

وما يابى 40.

في باب النذر، وأفتى ابن رشد في نوازله في سؤال سألَه القاضي عياض عنه، ونص السؤال والجواب: رجل أخرج مالا بصدقة فعزل منه شيئاً سماه بلسانه وميزه لمسكين بعينه ثم بعد ذلك بدا له صرفه لمسكين آخر فهل يباح له ذلك أم لا يباح له ذلك؟ لتمييزه إياه لمسكين بقوله، بخلاف مسألة من أخرج لمسكين كسرة فلم يجده؛ لأن ذلك لم يعطها للمسكين بقول ولا فعل، وفي مسألتنا هذه أعطاها بالقول ووجب طلبها للمسكين وتميزت له عنده فلا يجوز له صرفها إلى غيره، وهل صار قوله هذا لفلان وقد أخرج المال مخرج الصدقة كقوله تصدقت بهذا على فلان؟ وهل يستوي في هذا ما أخرج الإنسان على هذا الوجه من ماله، وما ميزه لمعين مما يجري من صدقة غيره على يديه؛ إذ ظهر لي بين الوجهين فرق كما ظهر لي بين المسألتين الأوليين للعلّة التي ذكرت من معنى الصدقة والعطية، وهي مخصوصة بما يملك. الجواب: تصفحت السؤال، فإن كان هذا الرجل الذي عزل من المال الذي أخرجه للصدقة شيئاً سماه لمسكين بعينه سماه له ونوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية فيكره له أن يصرفه إلى غيره، وإن كان بتله له بقول أو نية فلا يجوز له أن يصرفه إلى غيره، وهو ضامن له إن فعل، وكذلك ما جعل إليه تنفيذه مما أخرجه غيره للصدقة سواء، ومثله في المعنى الذي يأمر للسائل بشيء أو يخرج به إليه فلا يجده يكره له أن يصرفه إلى ماله، ولا يحرم ذلك عليه إن كان إنما نوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية. وبالله التوفيق. انتهى من الأجوبة من باب الصدقات.

[وهذا¹⁰⁴⁵] الذي ذكره فيما إذا بتله له بالنية يأتي على أحد المشهورين في لزوم الطلاق بالكلام النفسي، والفرق بين التبتيل بالنية ونية الإعطاء أنه لو عبر عن الأول عبر عنه بقوله أعطيته لفلان، ولو عبر عن الثاني عبر عنه بقوله أعطي أو نيتي أعطي، ونحوه في آخر مسائل الهبة. والله أعلم. قال في المسائل الملقوطة: فرع: قال في الذخيرة في باب الهبة والصدقة: قال ابن يونس قال مالك إذا خرجت للسائل بالكسرة أو بالدرهم فلم تجده أرى أن يعطى لغيره تكميلاً للمعروف، وإن وجدته ولم يقبل فهو أولى من الأول لتأكد العزم بالدفع، واختلف هل/ له أكلها أم لا، فقيل يجوز له أكلها، وقيل لا، وقيل إن كان معينا أكلها، وإن كان غير معين لم يأكلها. انتهى. وقال فيها أيضاً: فرع: قال مالك: ولا بأس بشراء كسر السائل لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة: {هو لها صدقة ولنا هدية¹} انتهى.

فرع: قال في رسم الوصايا والحج من سماع أشهب من كتاب العارية: إذا قال له [بعد البيع¹⁰⁴⁶] بع ولا نقصان عليك يلزمه؛ لأن معنى قوله بع والنقصان علي فهو أمر قد أوجبه على نفسه والمعروف على مذهب مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يحكم به عليه ما لم يمت أو يفلس، وسواء قال له ذلك بعد أن انتقد أو قبل أن ينتقد. انتهى.

56

¹ - عن قتادة عن أنس بن مالك رضي الله قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بلحم فقيل تصدق على بريرة قال هو لها صدقة ولنا هدية، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها، دار الفجر للتراث، القاهرة، 2005، رقم الحديث 2577، ومسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1075 ج2 ص755.

¹⁰⁴⁵ - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24 ويم ص 25 و م ص 20 وما يابى 41.

¹⁰⁴⁶ - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 56 ويحيى 24 ويم ص 25 و م ص 20 وما يابى 41.

نص خليل وَبَطَلَتْ إِنْ تَأَخَّرَ لِدَيْنٍ مُحِيطٍ أَوْ وَهَبَ لِثَانٍ وَحَارَ أَوْ أَعْتَقَ الْوَاهِبُ أَوْ اسْتَوْلَدَ وَلَا قِيمَةً أَوْ اسْتَصْحَبَ هَدِيَّةً أَوْ أَرْسَلَهَا ثُمَّ مَاتَ أَوْ الْمُعَيَّنَةُ لَهُ إِنْ لَمْ يُشْهَدْ كَانَ دَفَعَتْ لِمَنْ يَتَصَدَّقُ عَنْكَ بِمَالٍ وَلَمْ تُشْهَدْ لَا.

متن الخطاب فرع: تقدم في باب الرهن عند قول المصنف: "وهل تكفي [بينة¹⁰⁴⁷] على الحوز" أنه قال في كتاب الهبة من المدونة: ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة بينة لحوزه في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة، ولو أقر المعطي في صحته أن المعطى قد حاز وقبض وشهد عليه بإقراره بينة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعين البينة الحوز. اهـ.

فرع: إذا قال لولده أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريتي فلانة، ففعل الولد ثم مات أبوه قبل والقرية بيده قبل أن يبلغ الولد الحوز فقال ابن القاسم في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ من كتاب الصدقات: لا تكون له القرية إلا أن يعرف تحقيق ذلك بإشهاد الأب على ذلك. ابن رشد: لأن قوله لك قريتي ليس بنص في تملكه إياها، بل الظاهر منه ذلك لاحتمال أن يريد تسكنها أو ترتفق بها. قال ابن القاسم: ويكون أراد التحريض، ولم يجعل ما أوجب له القرية به من إصلاحه نفسه وتعلمه عوضاً لها فتمضي دون حيازة في ذلك اختلاف، فحكى ابن حبيب عن مطرف أنه قال من أعطى امرأته النصرانية داراً ساكناً بها على أن تسلم، فأسلمت فلا أراها من العطية؛ لأنه ثمن إسلامها والإشهاد يجرئها عن الحيازة وإن مات بها وبه أقول، وقال أصبغ لا أراها إلا عطية وفي المدونة لابن أبي حازم وابن القاسم من رواية عيسى مثل قول مطرف واختيار ابن حبيب. قال ابن أبي حازم في رجل قال لابنه إن تزوجت فلك جاريتي: هي له إذا تزوج، وإن مات الأب أخذها من رأس المال، وإن كان دين حاص بها الغرماء، وقال ابن القاسم هي له دون الغرماء إن فلس، وإن مات أخذها من رأس المال ولم يكن لأهل الدين فيها شيء، ولو قال بدل الجارية مائة دينار [كان¹⁰⁴⁸] أسوة الغرماء في الفلس والموت؛ لأنه ليس شيئاً بعينه. ابن رشد: وقول ابن القاسم هو الصحيح لا قول ابن أبي حازم، ومعناه إذا وجبت له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب. انتهى باختصار.

ص: وبطلت إن تأخر لدين محيط ش: يعني أن الهبة تبطل إذا تأخر الحوز حتى أحاط الدين بمال الواهب وظاهره ولو كان الدين حادثاً بعد الهبة وهو أحد القولين، وعليه اقتصر ابن الحاجب. / ص: أو أرسلها ش: تصويره ظاهر.

تنبيه: من بعث مالا [يشترى¹⁰⁴⁹] به ثوباً لزوجته فإن لم يبتله لها [بالنية¹⁰⁵⁰] أو يشهد لها فهي عدة له أن يرجع فيها. قاله ابن رشد في آخر سماع أصبغ من كتاب الزكاة الأول. مسألة: من تصدق على رجل بمائة دينار وكتب له كتاباً لو كيله ليدفعها إليه، فقدم على الوكيل بالكتاب، ودفع إليه منها خمسين، وقال اذهب سادفع إليك الخمسين الباقية اليوم أو غداً، فمات

57

الحديث

1047 - في المطبوع نية والمثبت من يوم 53 وميأبى 41 ويحيى 371 وفي م 20 نيته.

1048 - في المطبوع كانت وما بين المعقوفين من يوم 53 ويحيى 371 وم 20 وسيد 9 وميأبى 42.

1049 - في ن ذي ص 57 ويوم 25 وميأبى 42 ليشترى.

1050 - في المطبوع البينة وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 57 ويحيى 25 ويوم 25 وم 20 وميأبى 42.

نص خليل

إِنْ بَاعَ وَاهَبُ قَبْلَ عِلْمِ الْمُوهُوبِ وَإِلَّا فَالْثَمَنُ لِلْمُعْطِي رُوِيَتْ بِفَتْحِ الطَّاءِ وَكَسْرِهَا أَوْ جُنَّ أَوْ مَرَضَ وَاتَّصَلَ بِمَوْتِهِ أَوْ وَهَبَ لِمُودِعٍ وَلَمْ يَقْبَلْ لِمَوْتِهِ وَصَحَّ إِنْ قَبِضَ لِيَتَرَوَى أَوْ جَدَّ فِيهِ أَوْ فِي تَرْكِيبَةِ شَاهِدِهِ أَوْ أَعْتَقَ أَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ إِذَا أَشْهَدَ وَأَعْلَنَ أَوْ لَمْ يُعْلَمْ بِهَا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ وَحَوَظُ مُخْدَمٍ وَمُسْتَعِيرٍ مُطْلَقًا وَمُودِعٍ إِنْ عِلِمَ لَا غَاصِبٍ وَمُرْتَهِنٍ وَمُسْتَأْجِرٍ إِلَّا أَنْ يَهَبَ الْإِجَارَةَ وَلَا إِنْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ بَعْدَهُ بِقُرْبٍ بَأَنَ آجَرَهَا أَوْ أَرْفَقَ بِهَا بِخِلَافِ سَنَةِ أَوْ رَجَعَ مُخْتَفِيًا أَوْ ضَيْفًا فَمَاتَ وَهَبَةً أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ مَتَاعًا.

المتصدق قبل أن يقبض المتصدق عليه الخمسين الباقية من الوكيل قال: لا شيء له منها إذا لم يقبضها حتى مات المتصدق وليس له أكثر من الخمسين [التي] ¹⁰⁵¹ قبض؛ لأن [الوكيل] ¹⁰⁵² بمنزله. ابن رشد: هذا بين لأن يد الوكيل كيد موكله.

متن الخطاب

58

ص: أو باع واهب قبل علم الموهوب ش: صوابه كما قال ابن غازي لا إن باع واهب حتى يوافق ما في المدونة. والله أعلم. وحكم الصدقة كالهبة، فإذا باع المتصدق ما تصدق به قبل علم المتصدق عليه لم تبطل الصدقة، ويخير المتصدق عليه في نقض البيع وإجازته لأنه بيع فضولي، كما أن للموهوب له إذا باع الواهب ما وهبه قبل علم الموهوب له لم تبطل الهبة، ويخير الموهوب له في رده وإجازته، وأما إن باع الواهب أو المتصدق بعد علم الموهوب له أو المتصدق عليه فالبيع ماض، والثلث للمعطي رويت بفتح الطاء وكسرهما، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: "وإلا فالثلث للمعطي رويت بفتح الطاء وكسرهما" والمسألة مفروضة في المدونة في الصدقة، وفرضها ابن الحاجب في الهبة فدل على أنه لا فرق بينهما. تنبيه: إذا علم الموهوب له بالهبة ولم يفرط حتى عاجله الواهب بالبيع فله رده. نقله في التوضيح عن ابن يونس.

59

ص: ولا إن رجعت إليه بعده الخ ش: يعني أن الرقبة الموهوبة إذا رجعت إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له، وكان رجوعها إلى الواهب عن قرب، ورجوعها إلى الواهب بأن يكون آجرها من الموهوب له أي استأجرها منه، أو بأن يكون الواهب أرفق بها أي أرفق الموهوب الواهب بالرقبة الموهوبة يريد أو أمره بإياها فإن ذلك كله يبطل الهبة. قال في التوضيح: باتفاق لما دلت عليه القرينة أن ذلك [تحيل لإسقاط] ¹⁰⁵³ الحيابة، وهكذا صرح الباجي وغيره بالاتفاق. انتهى. وقوله بخلاف سنة؛ يعني أن رجوع الرقبة الموهوبة إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له سنة لا [يبطل] ¹⁰⁵⁴ الهبة؛ لأن السنة طول، وقيل الطول سنتان. قاله في التوضيح. وما مشى عليه المؤلف من أنها إذا عادت إليه بعد الطول الذي جعله سنة لا يبطل الهبة هو أحد [قولين] ¹⁰⁵⁵ ذكرهما ابن الحاجب من غير ترجيح،

الحديث

1051 - في المطبوع وما يابى 42 يحيى ص 25 و م ص 20 و يم ص 25 الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 57.
1052 - في المطبوع يحيى ص 25 و يم ص 25 لأن التوكيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 57 و م ص 20 وما يابى 42.
1053 - في المطبوع تحمیل إسقاط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 59 ويحيى 25 و يم ص 25 و م ص 20 وما يابى 42.
1054 - في المطبوع تبطل وما بين المعقوفين من سيد 9 وم 21.
1055 * - في المطبوع القولين و يم 53 والمثبت من يحيى 371 وم 21 وما يابى 42

نص خليل

وَهَبَةُ زَوْجَةٍ دَارَ سُكْنَاهَا لِزَوْجِهَا لَا الْعَكْسَ وَلَا إِنْ بَقِيَتْ عِنْدَهُ إِلَّا لِمَحْجُورِهِ.

متن الخطاب

لكن قال في التوضيح عن ابن عبد السلام إن أقرب القولين أن ذلك لا يضر. قال: وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه. انتهى.

تنبيهات: الأول: قال ابن سهل في كتاب الصدقات والهبات: سأل ابن دحون القاضي ابن زرب عمن وهبت له دار ثم أعرها الواهب بعد أشهر يسيرة لا يكون مثلها حيازة، ثم علم أن ذلك مما يبطل هبته، فأراد إبطال العمرى وقبض الدار فأطرق القاضي فيها حيناً. ثم قال: إن كان الموهوب له ممن يرى أنه يعلم أن العمرى إبطال للهبة في ذلك انفسخت العمرى، ورجع الموهوب له إلى الدار وقبضها من الواهب. انتهى.

الثاني: ما ذكره المؤلف محله ما إذا كان الموهوب له يحوز لنفسه يدل على ذلك قول المؤلف آجرها أو أرفق بها. قال في التوضيح: وأما إن كان صغيراً فحاز عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبر ويحوز لنفسه سنة فهي باطلة. محمد: لا يختلف في ذلك مالك وأصحابه، والفرق بين الصغير والكبير أن الكبير يتصور منه منع الأب من الرجوع في الهبة فلا يعد رجوعه رجوعاً في الهبة والصغير لا يقدر على ذلك فيعد رجوعه رجوعاً في الهبة. انتهى.

الثالث: ما تقدم من الاتفاق على بطلانها إذا رجع إليها الواهب. قال في التوضيح: فذلك إذا سكنها الأب وحده، وأما إن سكن فيها مع الولد فظاهر قول مالك أيضاً البطلان، وحكى أبو محمد في كتاب الاختلاف عن ابن حبيب أنها لا تبطل؛ لأنه إنما سكن بحضانتهم لهم. انتهى.

الرابع: قوله: "أو أرفق بها" هو ماض مبني للمفعول من باب الإفعال. والله أعلم.

ص: وهبة زوجة دار سكنها لزوجها لا العكس ش: قال ابن عرفة: ابن سهل خاض أهل/ مجلس ابن زرب في صحة حوز الزوجة داراً تصدق بها زوجها عليها لسكنائها معه. قال جلهم حوز، وأنكره ابن زرب لسكنى الزوج قالوا فما تقول قال هي مشتبهة وتوقف. قال ابن سهل فيه: دليل عدم الاجتهاد لعزوب هذه [عنهم¹⁰⁵⁷] مع نصها في سماع عيسى، فينبغي أن لا يغفل عن درس المسائل فأفة العلم النسيان، وحكي عن أبي عمر الاشبيلي أنه [قال¹⁰⁵⁸] لا يبقى مع الحافظ آخر عمره إلا معرفة [مواضع¹⁰⁵⁹] المسائل، وما هي [إلا¹⁰⁶⁰] منزلة كبيرة لمن كان بهذه المنزلة في العلم ولم يكن كما ذكر عن بعض من اتسم بالفتيا أنه طلب باب الحضانة في باب طلاق السنة فلم يجده فرمى بالكتاب في محرابه، وهذا هو الموجود في وقتنا. انتهى. وقال قبله عن ابن سهل: لو تركت الدرس عامين لنسيت ما هو أظهر من هذا، يشير إلى مسألة ذكرها. قال ابن عرفة: يؤخذ منه أنه ينبغي لمن

60

الحديث

1056 - في المطبوع الهبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 59 ويحيى 25 ويم ص 26 و م ص 21 ومايبي 43.

1057 - في المطبوع عندهم ومايبي 43 ويحيى 26 ويم ص 26 و م ص 21 وما بين المعقوفين من ن عدود.

1058 - سقط من المطبوع ومايبي 43 ويم ص 26 و م ص 21 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60.

1059 - في المطبوع ويم ص 26 موضع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60 ويحيى 26 و م ص 21 ومايبي 43.

1060 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60 ويحيى 26 ويم ص 26 و م ص 21 ومايبي 43.

نص خليل

إِلَّا مَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ وَلَوْ خَتَمَ عَلَيْهِ وَدَارَ سُكْنَاهُ إِلَّا أَنْ يَسْكُنَ أَقْلَهَا وَيُكْرِيَ لَهُ الْأَكْثَرَ وَإِنْ سَكَنَ النُّصْفَ بَطَلَ فَقَطُّ
وَالْأَكْثَرَ بَطَلَ الْجَمِيعُ وَجَازَتْ الْعُمَرَى كَأَعْمَرْتِكَ أَوْ وَأَرَيْتِكَ وَرَجَعَتْ لِلْمُعْمِرِ أَوْ وَارِثِهِ كَحُبْسٍ عَلَيْكُمَا وَهُوَ لَا خَرَكُمَا
مِلْكَاً لَا الرُّقْبَى كَذَوِي دَارَيْنِ قَالَا إِنْ مِتُّ قَيْلِي فَهُمَا لِي وَإِلَّا فَلَكَ كَهَبَةٍ نَحْلٍ وَاسْتِثْنَاءِ ثَمَرَتِهَا سِنِينَ وَالسَّقْيُ عَلَى
الْمَوْهُوبِ لَهُ أَوْ فَرَسٍ لِمَنْ يَغْزُو سِنِينَ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ الْمَدْفُوعُ لَهُ وَلَا يَبِيعُهُ لِبَعْدِ الْأَجَلِ.

متن الخطاب

ابتلي بالفتوى أن لا يترك ختم التهذيب مرة في العام، وكذا كنت أفهم مما ذكر عن بعض شيوخنا،
وذكر القاضي تقي الدين الفاسي في ترجمة الوانوعي عن الوانوعي أنه كان يقول: كان ابن عبد السلام
يقول: من لا يختم المدونة في كل سنة لا يحل له الفتوى منها. انتهى.
ص: إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم ش: هذا قول ابن القاسم ورواية المصريين عنه. قال المتيطي:
وبه الحكم وعليه العمل، وعليه اقتصر في الإرشاد، وقال في الشامل إنه الأصح. وقال الشيخ داود في
شرح الرسالة إنه المشهور، وبه أفتى ابن رشد ذكره في نوازل من مسائل الهبات، وقال الرجراجي في
القول الثاني إنه الأظهر. قال ابن رشد في الأجوبة في مسائل الهبات والصدقة بالعين على الصغير: لا
تصح إلا أن يخرجها المتصدق من ماله، ويضعها على يد من يحوزها له بمعاينة الشهود لذلك، فإذا لم
يكن إلا إقرار الأب أن الأم تصدقت على ابنتها بمائة/ دينار وتسلفها الأب منها وتصديق الأم له على
ذلك اتهم الأب في أن يكون أراد أن يولج إليها ذلك من ماله بعد وفاته فلا يصح ذلك إلا بمعاينة
الشهود على الصدقة بدفع المال إلى الأب ليحوزه للابنة عن الأم. انتهى. وأما لو دفعتها لغير الأب
فإنه يكون شاهداً.

61

ص: وجازت العمرى كأعمرتكَ ش: قال ابن عرفة: العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض
إنشاءً فيخرج الحكم باستحقاقها ويصدق عليها قبل حوزها لأنه قبله عمرى وكذا بقية الأنواع،
وحكمها النذب لذاتها، ويتعذر [عروض وجوبها¹⁰⁶¹] لا كراهتها أو تحريمها. الصيغة الباجي: ما
دل على هبة المنفعة دون الرقبة كأسكنتك هذه الدار عمرى، أو وهبتك سكنها عمرى. انتهى. قال في
أواخر كتاب الهبات من المدونة: ومن قال قد أعمرتكَ هذه الدار حياتك، أو قال هذه الدابة أو هذا
العبد جاز ذلك وترجع بعد موته إلى الذي أعرمها أو إلى ورثته. ثم قال: ومن قال داري هذه لك صدقة
سكنى فإنما له السكنى دون رقبته، وإن قال له قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك، أو قال هذه
الدار لك ولعقبك سكنى فإنها ترجع إليه ملكاً بعد انقراضهم، فإن مات فإلى أولى الناس به يوم مات،
أو إلى ورثتهم لأنهم هم ورثته. انتهى. وقال ابن عرفة بعد ذلك: قال الباجي: في المجموعة والموازية
ابن القاسم وأشهب من قيل له هي لك صدقة سكنى فليس له إلا سكنها دون رقبته. محمد: حياته.
انتهى.

تنبيه: إذا قال أعمرتكَ ولم يقل حياتك أو حياتي ولم يضرب لها أجلاً فهي عمرى وكذلك أسكنتك.
قال اللخمي في أواخر العارية: فصل وقد أتت هبات متقاربة اللفظ مختلفة الأحكام حمل بعضها على

الحديث

متن الخطاب 62 هبة الرقاب وبعضها على هبة المنافع، وهو أن يقول كسوتك هذا الثوب وأخدمتك هذا العبد وحملتك على هذا البعير، وأسكنتك هذه الدار وأعمرتك، فحمل قوله أعمرتك وأسكنتك وأخدمتك على أنها هبة منافع حياة المخدم والمسكن والمعمّر، وقوله كسوتك هذا/ الثوب أو حملتك على هذا البعير أو الفرس على هبة الرقاب. ثم قال: والعمرى ثلاثة مقيدة بأجل أو حياة المعمّر، ومطلقة ومعقبة، فإن كانت مقيدة بأجل فقال أعمرتك هذه الدار سنة أو عشا أو حياتي أو حياتك كانت على ما أعطى، وإن أطلق ولم يقيد كان محمله على عمر المعطى حتى يقول عمري أو حياتي وإن عقبها فقال أعمرتكها أنت وعقبك لم ترجع إليه إلا أن ينقضى العقب. انتهى.

وقال ابن جزي في القوانين: العمرى جائزة إجماعاً، وهي أن يقول أعمرتك داري وضيعتي أو أسكنتك أو وهبت لك سكناها أو استغلّالها، فهو قد وهب له منفعتها فينتفع بها حياته، فإذا مات رجعت إلى ربها، وإن قال لك ولعقبك فإذا انقضى عقبه رجعت إلى ربها أو إلى ورثته. انتهى. وقال اللخمي قبل كلامه المتقدم: وإن قال أذنت لك أن تسكن داري أو تزرع أرضي أو تركب دابتي أو تلبس ثوبي كان عارية وتجري على ما تقدم من العارية إذا ضرب لها أجلاً أو لم يضرب. انتهى. وقال ابن عرفة في آخر كتاب العارية: المخدم ذوق وهب مالك خدمته إياها لغيره، فيدخل المدبر، والجزء من العبد لا المكاتب وأم الولد، وهو أحد أنواع العارية إن لم يخرج ربه عن ملك رقبته بعق أو ملك، ثم تكلم على نفقته، وقال في النوادر في كتاب الخدمة من كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم ومن وهب خدمة عبده لرجل ولم يوقت فأما في الوصية فله خدمة العبد حياة المخدم لأنه أوصى له بخدمته ولم يتركها لورثته، وأما في الصحة فأسأله وأصدقه فإن مات ولم يبين فلا شيء للمخدم فيه. قال أصبغ: له خدمته حياة المخدم. قال محمد: قول ابن القاسم أحب إلي أن لا شيء له، بخلاف من قال لرجل وهبت لك خدمة عبيدي أو أخدمتك عبيدي ومسألتك إنما هي أخدم فلانا. انتهى.

فرع: سئل ابن رشد عن أعمرت أبويها داراً فمات أحدهما، فقامت المعمرة تطلب نصف الدار، وهل الأبوان والأجنبيان سواء أم لا؟ فأجاب: إذا كانت المعمرة حية فهي مصدقة فيما تزعم من أنها أرادت أن يرجع إليها حظ من مات منهما لا إلى صاحبه، وإن ادعى الباقي منهما أنها نصت على أن الدار تبقى للآخر منهما لزمتهما اليمين، ولو ماتت ولم يدر ما أرادت [فيخرج¹⁰⁶²] ذلك على الاختلاف في الذي يحبس على معينين فيموت بعضهم هل يرجع إلى المحبس، أو إلى من بقي منهم حتى يموتوا كلهم؟ ولا فرق في هذا بين الأبوين وغيرهم. انتهى من مسائل العمرى. وقال ابن بطال في أحكامه: قال ابن المواز: قال مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس داراً أو حائطاً على قوم فمات بعضهم فإن ما كان للميت من ذلك يرجع على بقية أصحابه، وكذلك في جميع الأحياس من غلة أو سكنى أو خدمة أو دنائير محبسة، كان مرجع ذلك الحبس إلى صاحب ذلك الأصل أو إلى غيره أو إلى السبيل أو إلى الحرية، وهذا إذا كان مشاعاً، فأما إن كان لكل واحد منهم يوم على حدة أو كيل مسمى

نص خليل وَلِلْأَبِ اعْتَصَارُهَا مِنْ وَلَدِهِ.

متن الخطاب

أو سكنى معروف لكل واحد من أيام بعينها أو سكنى بعينه لكل واحد منهم سماه فهذا من مات منهم يرجع نصيبه إلى صاحب الحبس إن جعل مرجع الحبس إليه أو إلى من جعل مرجعه إليه. قاله كله مالك، وقد قال أيضا خلافه إن لم يكن حبسا عليهم مشاعا. انظر بقية كلامه، وقال ابن رشد في نوازله فيمن نحل ابنه عند عقد نكاحه ثلث مستغل أملاكه حيثما كانت، ولم يذكر حياة الناحل ولا المنحول له، ثم توفي الناحل بعد عشرة أعوام، وكان المنحول له يستغلها، فقام سائر الورثة وقالوا ليس لك بعد حياة أبيك شيء، وقال [بل¹⁰⁶³] ذلك لي حياتي. فأجاب الذي أقول به في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم أن للمنحول ثلث غلة الأملاك ما بقيت، وكان [لها غلة¹⁰⁶⁴] طول حياته ولورثته بعد وفاته قياسا على قوله فيمن وهب لرجل خدمة عبده ولم يقل حياة المخدم ولا حياة العبد إن لورثة المخدم خدمة هذا العبد ما بقي إلا أن يستدل من مقالته على أنه أراد حياة المخدم، ويأتي على قول غيره/ أنه إنما للمخدم خدمة العبد حياة المخدم لا حياة العبد أن يكون للمنحول في مسألتك ثلث غلة الأملاك ما دام حيا، وأما أن يسقط حقه بموت الناحل فذلك ما لا يصح على قول قائل من أهل العلم. وبالله التوفيق. انتهى من باب النحلة والسياسة من كتاب النكاح.

63

ص: وللأب اعتصارها من ولد ش: قال أبو الحسن: قال عياض: معنى الاعتصار الحبس والمنع، وقيل الارتجاع. قاله ابن الأعرابي، وكلاهما في ارتجاع الهبة [صحيح¹⁰⁶⁵] انتهى. وقال ابن عرفة: والاعتصار ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطى. [وصيغته¹⁰⁶⁶]: ما دل عليه لفظا، وفي لغو الدلالة عليه التزاما نقلا ابن عات عن بعض فقهاء الشورى وابن ورد. قال بعض فقهاء الشورى من شرط في هبة ابنه الصغير الاعتصار، ثم باعها باسم نفسه ومات فقيمتها لابنه في ماله وليس ذلك اعتصارا إلا أن يشهد عند بيعه أو قبله أن يبيعه اعتصارا، ولا يجوز اعتصارها بعد بيعها ولا يكون اعتصارها إلا بالإشهاد، وفي الاستغناء: رأيت لابن ورد ما ظاهره خلاف هذا قال إن باع الأب مال ابنه، ونسبه لنفسه وأفصح بذلك، والمبيع لم يصير للابن إلا من قبل أبيه بهبة يجوز اعتصارها فيختلف في ذلك، والأظهر أنه بيع عدا يتعقبه حكم الاستحقاق.

قلت: بالأول أفتى ابن الحاج في نوازله. انتهى كلام ابن عرفة. وقال ابن راشد في اللباب: الصيغة ما يدل على ذلك نحو اعتصرت ورددت، ثم ذكر بعض ما تقدم وهو أن يبيعه لا يكون اعتصارا قال: ولا يجوز اعتصارها بعد البيع، والثلث للولد، ولا يكون اعتصار الأبوين إلا بالإشهاد. انتهى. انظر البرزلي في مسائل الهبة فقد أطل في ذلك. والله أعلم.

تنبيه: تكلم في أوائل سماع ابن القاسم من الصدقات والهبات على حكم ما إذا باع الأب ما تصدق به على ولده، وقال في شرح المسألة الرابعة منه: فإذا وهب لابنه الصغير ديننا على رجل ثم اقتضاه منه بعد ذلك فهو كما قال بمنزلة العرض يتصدق به عليه ثم يبيعه بعد ذلك أن الثمن يكون للابن في ماله

الحديث

¹⁰⁶³ - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 62 ويحيى ص 27 ويم ص 27 و م ص 22 وما يابى 45.
¹⁰⁶⁴ - في المطبوع غلته وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 373 ويم 55 وما يابى 45 وم 22.
¹⁰⁶⁵ - في المطبوع صحيحا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63 (وفي يحيى 27 ويم 27 و م 22 وما يابى 45 صحيحان).
¹⁰⁶⁶ - في المطبوع الصيغة وما بين المعقوفين من عيش، ج 8 ص 205.

نص خليل كَأَمْ فَقَطْ وَهَبْتُ ذَا أَبٍ وَإِنْ مُجْتَوًى وَلَوْ تَيَتَّمَّ عَلَى الْمُخْتَارِ إِلَّا فِيمَا أُرِيدَ بِهِ الْآخِرَةَ كَصَدَقَةٍ بِلَا شَرْطٍ.

متن الخطاب وبعد وفاته؛ لأن تنصيب العرض المتصدق به بالبيع كقبض الدين، وسواء باع العرض لابنه باسمه أو جهل ذلك فلم يعلم إن كان باع لنفسه أو لابنه، وأما إن باع ذلك لنفسه نصا على سبيل الرجوع فيها والأكل لها فالبيع مردود، والصدقة جائزة، ويتبع المشتري الأب بالثمن في حياته وبعد وفاته وجده أو لم يجده؛ لأن الصدقة قد كانت حيزت للابن، ولو كانت الصدقة دارا يسكنها الأب فباعها قبل أن يرحل عنها لنفسه استرجاعا لصدقته واستخلاصا لنفسه بطل البيع إن عثر عليه في حياته، ومضت الصدقة للابن، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة، ولم يكن للابن فيها حق ولا في الثمن وصح البيع للمشتري. والله أعلم. انتهى. وانظر المتيطية في كتاب الصدقة، وقال في مفيد الحكام في كتاب العتق: ومن وهب عبدا لولده الصغير ثم أعتقه لم ينفذ عتقه فيه إلا أن يكون أبو الولد موسرا، فيعطى الولد قيمة العبد وينفذ العتق وإلا فلا، وقد قيل إن ذلك رجوع فيما وهب من العبد وليس عليه شيء، وهذا في الموضع الذي يجوز له فيه الرجوع في هبته. انتهى.

وقال في الذخيرة في كتاب الهبة: قال الأبهري: وإذا تصدق على ولده بعبد فأعتقه وعوضه غيره مثله أو أدنى جاز إن كان في ولايته لشبهة [الولاية¹⁰⁶⁷] وشبهته في ماله، فإن كان كبيرا امتنع ويمتنع ذلك من الوصي لعدم الشبهة بالمال. انتهى. وسئلت عن رجل ملك ولده بئرا أو أرضا ثم بعد أربع سنين أوقف جميع أملاكه على أولاده، وأدخل في ذلك الأرض والبئر التي [أوقفها على ولده¹⁰⁶⁸] أولا فأجبت بأنه إن كان الولد كبيرا وحاز ما ملكه أبوه، أو صغيرا وأشهد أبوه أنه حاز له فالتمليك صحيح ولا يبطله الوقف الذي بعده إلا أن يشهد الأب أنه رجع فيما ملكه لولده قبل الوقفية إن كان الولد كبيرا ولم يحز أو صغيرا ولم يحز الأب له حتى أوقفه، فالوقف صحيح، والتملك باطل إلا أن يحكم به حاكم لا يشترط الحياة، وهو على القول الراجح أن الاعتصار لا يكون إلا بالقول ولا يكون بالعتق، وبذلك أفتى القاضي أبو القاسم المالكي الأنصاري. والله أعلم.

ص: كَأَمْ [فقط¹⁰⁶⁹] وهبت ذَا أَبٍ ش: يعني أن الأم إذا وهبت لولدها فإن كان له أب فلها أن تعتصر منه وإن لم يكن له أب فلا تعتصر منه، وهذا إذا كان الولد صغيرا، وأما إن كان كبيرا فلها أن تعتصر منه كان له أب أو لم يكن. قال في المدونة: وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة أبيه أو ولدها الكبير إلا أن ينكحها أو يتداينا، فإن لم يكن للصغير أب حين وهبته أو نحلته فليس لها أن تعتصر؛ لأنه يتيم، ولا يعتصر من اليتيم ويعد كالصدقة، وإن وهبتهم وهم صغار لا أب لهم ثم بلغوا ولم يحدثوا في الهبة شيئا فليس لها أن تعتصر؛ لأنها وهبت في حال اليتيم، وإن وهبتهم وهم صغار والأب مجنون جنونا مطبقا فهو كالصحيح في وجوب الاعتصار لها. انتهى. وإلى هذا الأخير أشار المصنف بقوله وإن مجنونا./

64

65

الحديث

1067 - في المطبوع الولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63 ويحيى ص 27 ويم ص 27 و م ص 22 وما يابى 46.

1068 * - في المطبوع ويحيى 373 وما يابى 46 وم 22 (أوقفها على ولده) وفي يم 55 (ملكها على ولده) وصوبه الشيخ محمد سالم ب ملكها ولده.

1069 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 373 ويم 55.

نص خليل

إِنْ لَمْ تَفُتْ لَا بِحَوَالَةِ سَوْقٍ بَلْ بِزَيْدٍ أَوْ نَقْصٍ وَلَمْ يُنْكَحْ أَوْ يُدَايِنَ لَهَا أَوْ يَطَأَ ثِيْبًا أَوْ يَمْرَضَ كَوَاهِبٍ إِلَّا أَنْ يَهَبَ عَلَى هَذِهِ الْأَحْوَالِ أَوْ يَزُولَ الْمَرَضُ عَلَى الْمُخْتَارِ وَكَرِهَ تَمْلُكُ صَدَقَةٍ يَغْيِرُ مِيرَاثٍ وَلَا يَرْكُبُهَا أَوْ يَأْكُلُ مِنْ غَلَّتِهَا وَهَلْ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْإِبْنُ الْكَبِيرُ بِشَرْبِ اللَّبَنِ تَأْوِيلًا وَيُنْفِقُ عَلَى أَبِي افْتَقَرِ مِنْهَا وَتَقْوِيمُ جَارِيَةٍ أَوْ عَبْدٍ لِلضَّرُورَةِ وَيُسْتَقْصَى.

متن الخطاب

ص: إن لم يفت بحوالة سوق ش: قال الشارح: ظاهره أن الهبة يفوت اعتصارها بحوالة السوق، والذي حكاه الباجي عن مطرف وعبد الملك وأصبح أن ذلك غير مفيت. ابن راشد: ولا خلاف فيه. انتهى.

قلت: حكى في معين الحكام قولين في فوات الاعتصار بحوالة الأسواق، فيحتمل أن يكون المصنف اعتمد القول بالإفاته فتأمله. والله أعلم.

ص: وكره تملك صدقة بغير مبرات ش: يريد بوجه من وجوه التملك إلا ببارث وإن تداولتها الأملاك ولا يشتريها من فقير، واحترز بالصدقة من الهبة فإنه يجوز له أن يملكها على المشهور. قاله في التوضيح.

ص: ولا يركبها أو يأكل غلتها ش: انظر هل النهي على المنع أو الكراهة؟ وظاهر المدونة المنع. قال في كتاب الصدقة: ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز أن يأكل من ثمرتها ولا يركبها إن كانت دابة ولا ينتفع بشيء منها. انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: ولا يأكل من ثمرتها ولا يركبها يعني إذا تصدق بحائط فلا يأكل ثمرته، وإذا تصدق بدابة فلا ينتفع بركوبها، وفي ذلك قولان أشهرهما الجواز لحديث العرايا¹، وقال عبد الملك لا ينتفع بذلك. خليل: وفيه نظر لأن الجواز خلاف ظاهر المدونة. انتهى.

قلت: إن حمل الجواز على أن المراد به المباح فهو مشكل كما ذكره؛ لأن لفظ المدونة لا أقل أن يحمل على الكراهة ولا حجة في حديث العرايا؛ لأنهم قد صرحوا بأنه مستثنى من شراء ما تصدق به للضرورة، وإن أريد بالجواز ما يعم المكروه فلا إشكال وكأن مقابله أعني قول عبد الملك يقول بالمنع كما هو ظاهر لفظه.

تنبيه: قال في التوضيح: قوله ولا يأكل من ثمرتها ظاهره لا ينتفع بها مطلقا، وفي الرسالة: "لا بأس أن يشرب من/ لبن ما تصدق به. أبو الحسن: ظاهره خلاف المدونة، وفي المعونة: إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيرا أو يركب الفرس الذي جعله في السبيل وما أشبه ذلك مما يقل خطره، وقيل معنى ما في الرسالة إذا كان بحيث لا ثمن له، وقيل [يحمل¹⁰⁷⁰] ما في الرسالة على ما ذكره ابن المواز، وقد تقدم. انتهى. يشير إلى قوله: قال ابن المواز: للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه

66

1- عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها الموطأ، كتاب البيوع، رقم الحديث 1307، دار الفكر 1994.

الحديث

1070 - في المطبوع محل ما بين المعقوفين من ن ذي ص 66 وم 23 ويم 28 وما يابى 47 (وفي يحيى 28 يحمل أي الرسالة).

نص خليل

وَجَازَ شَرْطُ الثَّوَابِ وَلَزِمَ بَتَّعِيْنُهُ وَصَدَّقَ وَاهِبُ فِيهِ إِنْ لَمْ يَشْهَدْ عُرْفُ بِضِدِّهِ وَإِنْ لِعُرْسٍ وَهَلْ يَحْلِفَ أَوْ
إِنْ أَشْكَلَ تَأْوِيلَانِ فِي غَيْرِ الْمُسْكُوكِ إِلَّا لَشَرْطٍ وَهَبَةٍ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ.

متن الخطاب

ويشرب من لبنها ويكتسي من صوفها¹⁰⁷¹ إذا رضي الولد، وكذلك الأم. محمد: وهذا في الولد الكبير،
وأما الصغير فلا يفعل. قاله مالك. وإلى هذا أشار المصنف بقوله: "وهل إلا أن يرضى الابن الكبير
بشرب اللبن تأويلان" إلا أن ظاهر كلام المصنف تخصيصه باللبن، وقد علمت أنه غير خاص به. والله
أعلم.

ص: وجاز شرط الثواب ش: يعني أن الهبة تجوز بشرط الثواب، وسواء عين الواهب الثواب الذي
يريد أم لا، أما إذا عينه فقالوا إنها جائزة وهي حينئذ من البيوع. قال في التوضيح: كما لو قال أهبتها
لك بمائة دينار ويشترط في ذلك شروط البيع. انتهى. ولم يذكروا في ذلك خلافاً، وأما إن شرط الواهب
الثواب ولم يعينه فأجاز ذلك ابن القاسم في المدونة، وقاله أصبغ ومنعه ابن الماجشون لأنه كبيع سلعة
بقيمتها الباجي والأول أولى. انتهى. وقال ابن عرفة: وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي، وفي
شرطها بغير لفظ البيع قولان ذكرنا في فصل شرط العوض فيها. انتهى.

قلت: كذا في النسخ التي رأيتها قولان ذكرنا، والذي يظهر أن حق العبارة أن يقول قولان يذكرا فإن
فصل العوض متأخر عن كلامه هذا، والذي رأيت في كلامه بعد البحث عنه في مظانه من البيوع
وغيرها قوله في فصل شرط العوض في هبة الثواب في أواخر كتاب الهبة وفي ترجمة بيع الغرر من
المنتقى: لو قال بعتك السلعة بما شئت ثم سخط ما أعطاه قال ابن القاسم إن أعطاه القيمة لزمه.
محمد: معناه إن فاتت، فحملة ابن القاسم على المكارمة كهبة الثواب، واعتبر محمد لفظ البيع.
انتهى./

67

ص: ولزم بتعيينه ش: يعني أن الموهوب له إذا عين الثواب لزمه تسليمه للواهب وليس له الرجوع
فيه ولو لم يقبضه الواهب. قاله ابن شاس وابن الحاجب. قال في التوضيح: لأنه التزمه بتعيينه،
ونقله ابن عرفة عن ابن شاس، وقال بعده: هذا ضروري [كتب¹⁰⁷²] عقد الخيار. انتهى.

ص: في غير المسكوك ش: أي فلا ثواب فيه. قال في المدونة: ولو رأى أنه وهبه للثواب إلا بشرط
وثابه عرض أو طعام. نقله في التوضيح. ومثل المسكوك السبائك والحلي [المكسر¹⁰⁷³] على الأصح،
بخلاف الحلي الصحيح على الأصح.

ص: وهبة أحد الزوجين للآخر ش: وكذا الأب وولده. قال في المدونة: إلا أن يظهر ابتغاء الثواب
بينهم. انتهى. فمسألة الزوجين والأقارب ليست كمسألة المسكوك ومسألة السبائك والحلي فإنه لا
ثواب [فيهما،¹⁰⁷⁴] ولو فهم ذلك بخلاف مسألة الزوجين فإنه إذا دلت القرينة على إرادة الثواب

الحديث

¹⁰⁷¹ * - في المطبوع في وما بين المعقوفين من يم56 ويحيى374 وسيد10 وم23 ومايأبي47.

¹⁰⁷² * - في المطبوع كتب وما بين المعقوفين من ن ذي ص67. ومايأبي48 ويم56.

¹⁰⁷³ - في المطبوع والمسكر وما بين المعقوفين من م23 ومايأبي48.

¹⁰⁷⁴ - في المطبوع فهما وما بين المعقوفين من ن ذي وم23 ويحيى374 ويم56.

نص خليل

وَلَقَادِمٍ عِنْدَ قُدُومِهِ وَإِنْ فَقِيرًا لِّغْنِيٍّ وَلَا يَأْخُذُ هِبَتَهُ وَإِنْ قَائِمَةً وَلَزِمَ وَاهِبَهَا لَا الْمُوهُوبَ لَهُ الْقِيَمَةُ إِلَّا لِفَوْتٍ بَزِيدٍ أَوْ نَقْصٍ وَلَهُ مِنْعُهَا حَتَّى يَقْبِضَهُ وَأُثِيبَ مَا يُقْضَى عَنْهُ بِبَيْعٍ.

متن الخطاب

حكم به، فهي إنما تخالف هبة الثواب بين الأجانب في كونها لا يحكم فيها بالثواب إلا بقرينة، وهبة الأجانب يحكم فيها بالثواب إلا إذا قامت القرينة على عدم الثواب.
ص: ولقادم ش: أطلق فيه رحمه الله وهو مقيد في المدونة وغيرها بما يهدى له من الطعام والفاكهة ونحو ذلك. والله أعلم.

مسألة في حكم هبة الطعام للثواب: قال في المدخل في آخر فصل آداب الأكل: وينبغي له أن يتحفظ من هذه العادة المذمومة التي أحدثت وهي أن يهدي أحد الأقارب أو الجيران طعاماً فلا يمكن المهدي إليه أن يرد الوعاء فارغاً حتى يرده بطعام، وكذلك المهدي إن رجع إليه الوعاء فارغاً وجد على فاعل ذلك وكان سبباً لترك المهاداة بينهما، ولسان العلم يمنع من ذلك كله لأنه يدخله بيع الطعام بالطعام [غير يد بيد، ¹⁰⁷⁵] ويدخله أيضاً بيع الطعام بالطعام متفاضلاً ويدخله الجهالة، فإن قيل ليس هذا من باب البياعات، وإنما هو من باب الهدايا وقد سُمح فيها، فالجواب هو مسلم لو مشوا فيه على مقتضى الهدايا الشرعية، لكنهم يفعلون ضد ذلك لطلبهم العوض، فإن الدافع [يتشوف له ¹⁰⁷⁶] والمدفوع إليه يحرص على المكافأة، فخرج بالمشاحة من باب الهدايا إلى باب البياعات، وإذا كان كذلك فيعتبر فيه ما تقدم ذكره. انتهى. وانظر الأبي في كتاب الهبات. والله أعلم.

68

ص: ولزم واهبها لا الموهوب له القيمة إلا لفوت بزيد أو نقص ش: يعني أن الواهب يلزمه قبول القيمة إذا دفعها الموهوب له، ولا يلزم الموهوب له دفع القيمة إلا أن تفوت الهبة عنده بزيادة أو نقصان.

تنبيه: لم يذكر المصنف بما يلزم الواهب قبول القيمة هل بمجرد الهبة، أو القبض؟ بل قد يتبادر أنه يلزمه قبول القيمة بمجرد عقد الهبة، وهو أحد الأقوال، والمشهور أنه يلزمه ذلك بقبض الموهوب. قاله في التوضيح، وقاله ابن عرفة.

فرع: إذا أثناب الموهوب له في هبة الثواب أكثر من القيمة، وامتنع الواهب أن يقبل إلا القيمة فليس له ذلك، ويجبر على أخذ ما أعطاه الموهوب. انظر المشذلي في آخر كتاب الهبات.

فائدة: قال في آخر مسائل الصدقة والهبة من البرزلي قبل آخرها بنحو الخمس ورقات: ابن عات عن الاستغناء: ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس، ولا أن يضيفوا أحداً ولا أن يكافؤوا عن الهدايا، وحكى ذلك عن مالك، وكذا السلطان لا يكافىء ولا يكافأ، وقد ذكر المتيطي هذا عن سعد المعافري عن مالك في أول كتاب الشهادات. قال: ليس على الفقيه من مكافأة ولا ضيافة أحد ولا شهادة بين اثنين. انتهى. وقال ابن فرحون في الديباج المذهب فيمن اسمه سعيد وسعيد بن عبد الله بن سعد المعافري: أبو عمر: وقيل أبو محمد، وقيل أبو عثمان من كبار أصحاب مالك سمع منه ابن

الحديث

¹⁰⁷⁵ * - في المطبوع يد ليد وما بين المعقوفين من يم 56 وسيد 10 وما يابى 48 وم 23.

¹⁰⁷⁶ * - في المطبوع يتشوق وما بين المعقوفين من ما يابى 48 ويحيى 374 ويم 56.

وَأَنْ مُعِيْبًا إِلَّا كَحَطَبٍ فَلَا يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ وَلِلْمَأْدُونِ وَلِلْأَبِ فِي مَالٍ وَلَدِهِ الْهَبَةُ لِلتُّوَابِ وَإِنْ قَالَ دَارِي
صَدَقَ بَيِّمِينَ مُطْلَقًا أَوْ بَغَيْرَهَا وَلَمْ يُعَيِّنْ لَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْمُعَيَّنِ وَفِي مَسْجِدٍ مُعَيَّنٍ قَوْلَانِ وَقَضِيَ
بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ فِيهَا بِحُكْمَيْنَا.

نص خليل

القاسم وأشهب وابن وهب وغيرهم، وبه تفقه ابن وهب وابن القاسم، وهو ثقة فاضل مأمون توفي
بالإسكندرية سنة ثلاث وسبعين ومائة.

متن الخطاب

مسألة: ذكر سعد هذا عن مالك قال ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة؛ يريد عن هدية ولا شهادة
بين اثنين. انتهى. والظاهر أن ذكره فيمن اسمه سعيد سهو، فإن كلام المتيطي المتقدم وكلام أبي
الحسن وكلام المدارك أنه سعد، بل في آخر كلام ابن فرحون المذكور أنه سعد حيث قال: مسألة ذكر
سعد، ونص كلام أبي الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني في مسألة من أعتق جنينا في بطن أمه لما
ذكر قول مالك أنها تباع في الدين، سواء كان الدين قبل العتق أو بعده ما نصه: وخالف سعد المعافري
شيخه فقال لا تباع حتى تضع إذا كان الدين لاحقا. انتهى. وقال في المدارك في ترجمته: أبو محمد،
وقيل أبو عثمان سعد بن عبد الله المعافري من كبار أصحاب مالك سمع منه ابن القاسم وأشهب وابن
وهب وابن بكير، وهو الرابع عشر من الطبقة الأولى من أصحاب مالك المصريين، وقال في آخر
ترجمته: قال سعد عن مالك ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة؛ يريد عن هدية ولا شهادة بين
اثنين. انتهى. وفي بعض نسخ المدارك إسقاط المعافري، واستفيد من النصوص المذكورة أنه معافري،
والمعافري بفتح الميم وكسر الفاء نسبة إلى المعافري بن يعفر بن مالك. قال ابن الأثير في كتاب الأنساب:
ينسب إليه أكثر عامتهم بمصر. انتهى. وقد أنشدني بعض أصحابنا عن الشيخ العلامة ابن غازي عن
شيخه الإمام القدوة أبي عبد الله محمد القوري أنه أنشده لما تكلم معه في هذه المسألة ما نصه:
ليس على الفقيه من [ضيافات¹⁰⁷⁷] ولا شهادة ولا [مكافات¹⁰⁷⁸]
ذكر ذا نصا عن المدارك عن سعد المعافري عن مالك

والله تعالى أعلم.

فائدة: قال في تخريج أحاديث الإحياء حديث: {من أهدى له هدية وعنده قوم فهم شركاؤه فيها}
العقيلي وابن حبان في الضعفاء والطبراني في الأوسط والبيهقي¹ من حديث ابن عباس. قال العقيلي:
لا يصح في هذا المتن حديث./

69

ص: وإن معيبا ش: هو من العيب كما قال ابن غازي وعكسه في المدونة أيضا. قال في كتاب الهبات
منها: وإذا وجد الموهوب له بالهبة عيبا فله [ردها¹⁰⁷⁹] وأخذ العوض، ثم قال: وإن وجد الواهب

1- البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الهبات، ص183، بلفظ من أهديت له هدية وعنده ناس فهم شركاء فيها.

الحديث

1077 - في المطبوع ضيافته وما يابى 49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63.

1078 - في المطبوع وم 23 مكافه وما يابى 49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 68. وعلق عليه الشيخ محمد سالم
عدود بـ الأصل أن تكتب بالهاء ولوقوعها روبا حسن خطها بالتاء كما في قوله: الله انجاك بكفي مسلمت.

1079 - في المطبوع رده وما يابى 49 ويم 57 وم 23 والمثبت من يحيى 375.

نص خليل باب اللقطة مَالُ مَعْصُومٍ عَرَضَ لِلضِّيَاعِ وَإِنْ كَلَبًا وَفَرَسًا وَحِمَارًا.

متن الحطاب إلى آخر ما ذكره ابن غازي، وانظر أبا الحسن الصغير، وانظر المنتقى في الكلام على الرد بالعيب فإنه ذكر فيه حكم ما إذا اطلع في هبة الثواب على عيب هل يردده؟ والله أعلم.

ص: [كتاب اللقطة ش: ¹⁰⁸⁰] كلام الشارح في ضبطها فيه خلل وهي بضم اللام وفتح القاف. هكذا ضبطها الأكثر، وعليه استعمال الفقهاء، وهو خلاف القياس، وبعضهم أنكر فتح القاف، وزعم أنها بالسكون على الأصل، وبعضهم رواها بالوجهين منهم ابن الأثير وقال الفتح أصح، ومنهم ابن العربي وقال السكون أولى. والله أعلم.

ص: مال معصوم عرض للضياع ش: الظاهر أن ضالة الإبل داخلية في هذا التعريف وهي ليست لقطة، وكذلك الآبق، وقال في الذخيرة: لا يسمى لقطة ولا تجري عليه أحكام اللقطة، ولذا حدها ابن عرفة بأنها مال وجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما، فيخرج الركاز وما بأرض الحرب، وتدخل الدجاجة وحمائم الدور لا السمكة تقع في السفينة وهي لمن وقعت إليه. قاله ابن عات عن الشعباني، والأظهر في السمكة إن كانت بحيث لو لم يأخذها من سقطت إليه نجت بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها في ماء البحر فهو كما قال ابن شعبان في زاهيه، وإلا فهي لرب السفينة، وأعلم أن حده غير مانع لدخول التمر المعلق فيه وليس لقطة، فقول الجماعة معرض للضياع أحسن فتأمل. والله أعلم. وحد الالتقاط قال ابن عرفة: هو أخذ مال ضائع ليعرفه سنة ثم يتصدق به أو يملكه إن لم يظهر ماله بشرط الضمان إذا ظهر المالك انتهى.

ص: وفرسا وحمارا ش: يريد وغير ذلك مما [تصح ¹⁰⁸¹] لقطته. قال في لقطتها: ومن التقط دنائير أو دراهم أو حليا مصوغا أو عروضاً أو شيئا من متاع أهل الإسلام فليعرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا لم آمره بأكلها، كثرت أو قلت، درهما فصاعداً إلا أن يحب [بعد السنة ¹⁰⁸²] أن يتصدق بها، ويخير صاحبها إن جاء أن يكون له ثوابها أو يغرمها له فعل. وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه. انتهى. وقوله: "وليعرفها سنة" يأتي الكلام عليه في محله، وكذا لم آمره بأكلها، وفي كتاب الضحايا من المدونة: ولا يصاد حمام الأبرجة، ومن صاد منها شيئا رده أو عرف به إن لم يعرف ربه ولا يأكله،

وإن دخل حمام برج لرجل في برج لآخر ردها إلى ربها إن قدر، وإلا فلا شيء عليه، ومن وضع أجباحا في جبل فله ما دخلها من النحل، ومن صاد طائرا في رجلية سباقان أو ظبيا في أذنيه قرطان أو في عنقه قلادة عرف بذلك، ثم ينظر فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع ولا توحش رده وما وجد عليه لربه، وإن كان هروبه هروب انقطاع وتوحش فالصيد خاصة لصائده دون ما عليه، فإن قال ربه ند مني منذ يومين، وقال الصائد لا أدري متى ند منك، فعلى ربه البينة والصائد مصدق. انتهى. وانظر قوله فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع إلى آخره فهل يجب تعريفه في هذه الصورة كاللقطة؟ وهو الظاهر فتأمل. وقال في آخر كتاب الجامع من البيان: ما أوى إلى برج الرجل من حمام برج غيره فلم يعرفه بعينه أو عرفه ولم يقدر على أخذه فلا بأس عليه فيه وإن عرف صاحبه. هذا ما لا اختلاف

70

الحديث

1080 - علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا ترجمة في مطبوعة المواق والحطاب كتاب اللقط وأصل لفظ المتن باب اللقطة.

1081 - في المطبوع يصح وما بين المعقوفين من م24.

1082 - ساقطة من المطبوع والمخطوطات وما بين المعقوفين من التهذيب، ج4 ص373.

نص خليل

وَرُدَّ بِمَعْرِفَةٍ مَشْدُودٍ فِيهِ وَبِهِ وَعَدَدِهِ بِلَا يَمِينٍ وَقُضِيَ لَهُ عَلَى ذِي الْعَدَدِ وَالْوَزْنِ وَإِنْ وَصَفَ ثَانٍ وَصَفَ
أَوَّلَ وَلَمْ يَنْ يَنْ بِهَا حَلَفًا وَقَسِمَتْ كَبَيِّنَتَيْنِ لَمْ يُؤَرَّخَا وَإِلَّا فَلِلْأَقْدَمِ وَلَا ضَمَانَ عَلَى دَافِعٍ يَوْصَفُ وَإِنْ قَامَتْ
بَيِّنَةٌ لِغَيْرِهِ وَاسْتَوْنِي بِالْوَاحِدَةِ إِنْ جَهِلَ غَيْرَهَا لَا غِلْطَ عَلَى الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَضُرَّ جَهْلُهُ بِقَدْرِهِ.

متن الخطاب

فيه أعلمه، واختلف إذا علمه وقدر على أخذه ولم يعرف صاحبه، وظاهر قوله في هذه الرواية أنه لا شيء عليه فيه، وهو دليل قول ابن كنانة، ونص قول ابن حبيب في الواضحة: وقد قيل إنه يعرفه كاللقة ولا يأكله، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم، حكى فضل عنه أنه قال لا ينصب لشيء من حمام الأبرجة ولا يرمى، ومن صاد منه شيئاً فعليه أن يرده أو يعرفه ولا يأكله، وحكم أفرأها إذا عرف عشاها حكم ما عرفه وقدر على أخذه، فإن عرف صاحبه رده إليه، وإن لم يعرفه فعلى ما تقدم من الاختلاف. انتهى. وانظر ما حكاه عن فضل فإنه نص المدونة، وهذا ما تيسر جمعه الآن. والله أعلم.

ص: ورد بمعرفة مشدود فيه وبه ش: قال ابن الحاجب: ويجب ردها بالبينة أو بالإخبار بصفتها من نحو عفاصها ووكائها وهما المشدود فيه وبه. قال في التوضيح: أما ردها بالبينة فلا خلاف فيه، ويجب أيضا ردها عندنا بالإخبار بصفتها من نحو العفاص والوكاء للحديث¹، ثم فسرهما بقوله: "وهما المشدود فيه وبه" فالأول للأول، والثاني للثاني، وهذا هو المعلوم في اللغة، وعليه أكثر الفقهاء، بل نقل صاحب الاستذكار الإجماع عليه، ونقل الباجي عن أشهب عكسه والوكاء ممدود، وقيل مقصور؛ قيل وهو غلط، وأشار بقوله: "نحو عفاصها" إلى أن ما لا عفاص له ولا وكاء من اللقطة يدفع بالإخبار بصفاته الخاصة المحصلة للظن. انتهى. ثم قال ابن الحاجب: وفي اعتبار عدد الدنانير والدرهم قولان.

قال في التوضيح: القول الأول باعتباره لابن القاسم، والأخير لأصبع، والأول أظهر. ثم قال ابن الحاجب: ويكتفي ببعض الصفات المغلبة للظن على الأصح، ويُسْتَأْنَى في الواحدة. قال في التوضيح: أي يكتفي ببعض الصفات [اثنتين]¹⁰⁸³ فصاعدا دل على ذلك قوله: "ويُسْتَأْنَى في الواحدة" والأصح لأشهب قال: إن عرف وصفين ولم يعرف الثالث دفع له، ومقابله لابن عبد الحكم قال: لو وصف تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها إلا في معنى واحد أن يذكر عددا فيصاب

أقل منه لاحتمال أن يكون قد اغتيل فيه. انتهى. / وهذا أيضا يستفاد من قول المصنف بعد: "واستؤني في الواحدة" إن جهل غيرها لا غلط على الأظهر، وفي الشامل: ودفع لمن عرف وصفين دون ثالث، وقيل إن أخطأ واحدا من عشرة لم يعطه إلا في عدد يوجد أقل، ولو عرف واحدا من عفاص ووكاء فثالثها الأظهر لا شيء له إن غلط في الآخر، واستؤني به في الجهل ولو أخطأ في وصفه ثم أصاب لم يعطه، ولا يضره الغلط في زيادة العدد إن عرف العفاص والوكاء، وفي نقصه قولان. انتهى.

مسألة: قال في النوادر باب في الصبي الصغير تدعي أمه أنه التقط دنانير: ومن كتاب سحنون وكتب شجرة إلى سحنون في امرأة أتت بابن لها صغير معه أربعة دنانير، فزعمت أنه التقطها من الطريق في

71

1 - عن زيد بن خالد رضي الله عنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال أعرف

عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها قال فضالة الغنم قال هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الإبل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها. البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 2429، ط. دار إحياء التراث العربي، ومسلم في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 1722.

الحديث

نص خليل

وَوَجِبَ أَخْذُهُ لِحَوْفِ خَائِنٍ لَا إِنْ عَلِمَ خِيَانَتَهُ هُوَ فَيَحْرُمُ وَلَا كُرَةً عَلَى الْأَحْسَنِ.

متن الخطاب

غير صرة فرفعتها على أيدي أناس، فأتى من ادعاها ووصف سكة بعض الدنانير ولم يصف البعض فكتب إليه: الأم مقرة بأن الصبي أصابها فليس لها أن تقر على غيرها فأرى الدنانير للصبي، وما كان من لقطة معروفة فوصف المدعي لها بعضا ولم يصف بعضا فلا شيء له.

ص: ووجب أخذه لخوف خائن إلى قوله على الأحسن ش: حاصل ما ذكره المؤلف أنه إن خاف عليها أن يأخذها خائن وجب عليه الالتقاط إلا أن يعلم من نفسه هو الخيانة فيحرم، سواء خشي عليها أن يأخذها خائن أو لم يخش، وإلا كره؛ أي وإن لم يخف عليها خائنا ولا علم من نفسه الخيانة فيكره له الالتقاط على الأحسن. هذا حل كلامه وفيه أبحاث الأول كلامه يقتضي أنه إذا لم يتحقق من نفسه الأمانة ولا الخيانة وخاف عليها الخونة وجب عليه الالتقاط، وهو مخالف لما قاله ابن الحاجب، وقرره المصنف في التوضيح من أن الذي لا يتحقق من نفسه يكره له الالتقاط، وإنما جعل وجوب الالتقاط إذا تحقق من نفسه الأمانة وخاف عليها الخونة فتأمل ذلك. الثاني: نقل في التوضيح في القسم المكروه في كلام المؤلف الذي فيه الأحسن، ومقابله وهو ما إذا لم يخف عليها الخيانة وعلم من نفسه الأمانة أن ابن رشد قيد الخلاف بأن يكون الإمام عدلا، فإن كان غير عدل فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقا، وكذا قيد قسم الوجوب؛ وهي ما إذا كانت بين قوم غير مأمونين بكون الإمام عدلا لا يخشى أن يأخذها إذا علم بها بتعريفه إياها. قاله في المقدمات. أما إذا كان غير عدل فقال يخير بين أخذها وتركها بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الطرفين فتأمل. ونص كلام التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: والالتقاط حرام على من يعلم خيانة نفسه ومكروه للخائف، وفي المأمون الكراهة، والاستحباب فيما له بال، والوجوب إذا خاف عليها الخونة؛ يعني أن حكم اللقطة يختلف بحسب حال الملتقط، وجعل -يعني ابن الحاجب- الأقسام ثلاثة:

أولها أن يعلم من نفسه الخيانة فيكون التقاطها عليه حراما، وثانيها أن يخاف أن يستفزه الشيطان ولا يتحقق فيكون مكروها، وثالثها أن يثق بأمانة نفسه وقسم هذا إلى قسمين:

الأول: أن يكون بين ناس لا بأس بهم ولا يخاف عليها الخونة، والثاني أن يخافهم فإن خافهم وجب الالتقاط وحكى عليه الاتفاق وإن لم يخف فثلاثة أقوال لمالك الاستحباب والكراهة والاستحباب

فيما له بال، وقيد ابن رشد هذا الخلاف بأن يكون الإمام عدلا، وإن كان غير عدل وكانت بين قوم مأمونين فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقا، وإن كانت بين قوم غير مأمونين/ فيخير بين أخذها وتركها.

انتهى. وزاد في المقدمات وذلك بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الخوفين. انتهى. فهذا الأخير

تقييد لما أطلقه المصنف في نقل قسم الوجوب، بل نقل القرافي عن اللخمي أنه يحرم أخذها إذا كان الإمام غير مأمون إذا أنشدت أخذها. انتهى. الثالث قوله على الأحسن فيه ترجيح القول بالكراهة، وهو الذي اقتصر عليه في الشامل.

تنبيهات: الأول: قال في المقدمات بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة: وما قيدها به وهو أيضا أعني هذا الاختلاف فيما عدا لقطة الحاج لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها¹، ومعنى نهيه عنها مخافة أن لا يجدها ربها لتفرق الحاج في بلدانهم المختلفة فتبقى في ضمانه، فلا ينبغي لأحد أن يلتقط لقطة

72

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعضد عضاهها ولا يُنفر صيدها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ولا يخلئ خلاها فقال عباس يا رسول الله إلا الإنذر فقال إلا الإنذر، البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 2433.

الحديث

نص خليل وَتَعْرِيفُهُ سَنَةً وَلَوْ كَدَلُوا لَا تَأْفِيهَا بِمَظَانٍ طَلَبَهَا.

الحاج للنهي الوارد في ذلك عن النبي عليه السلام¹، فإن التقطها وجب عليه من تعريفها ما يجب في سواها. انتهى. وهذا -والله أعلم- في غير المحل الذي يجب فيه الالتقاط بل صريح كلامه أنه في غير محل الوجوب؛ لأنه تقييد للثلاثة الأقوال؛ وهي إنما هي في غير قسم الوجوب فهي داخلة في قول المؤلف: "ولا كره" إلا أن الكراهة فيها أقوى. فتأمل. والله أعلم.

التنبيه الثاني: قال ابن عبد السلام بعد أن حكى الأقوال الثلاثة: والأظهر إن كان مع القدرة على الحفظ أن يجب الالتقاط، ولا يعد علمه بخيانة نفسه مانعاً وأحرى خوفه ذلك؛ لأنه يجب عليه ترك الخيانة والحفظ للمال المعصوم، وقصارى الأمر أن من يأمن على نفسه الخيانة فقد توجه عليه الخطاب بالحفظ وحده، ومن يعلم من نفسه الخيانة وجب عليه أمان الحفظ وترك الخيانة، وبعد تسليم هذا فالأظهر من الأقوال الثلاثة الاستحباب أو الوجوب، لو قيل به لوجوب إعانة المسلم عند الحاجة والقدرة على الإعانة. انتهى وكلامه حسن رحمه الله.

التنبيه الثالث: قال في الذخيرة: كل فعل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره كإنقاذ الغريق أو إزاحة الأذى عن الطريق فهو على الكفاية، وما تتكرر مصلحته بتكرره فهو على الأعيان كالصلاة والصوم، وقد تقدم بسط هذه القاعدة في مقدمة هذا الديوان، فعلى هذا يتجه الأخذ ووجوبه عند تعيين هلاك المال وعند تعيين الهلاك بين الأمان يكون فرضاً على الكفاية إذا خافوا غيرهم على اللقطة، ومندوباً في حق هذا المعين بخصوصه كما قلت في صلاة الجنازة وغيرها أصلها فرض على الكفاية، وفعل هذا المصلي المخصوص يندب ابتداءً، فإذا شرع اتصف بالوجوب. انتهى فتأمل.

ص: وتعريفه سنة الخ ش: تصوره واضح.

تنبيهات: الأول: يجب التعريف عقب الالتقاط. قال ابن الحاجب: ويجب تعريفها سنة عقبيه. قال في التوضيح: أي عقب الالتقاط، وظاهره لو أخر التعريف يضمن، وفي اللخمي إن أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفها فهلكت ضمنها. انتهى. وينبغي أن لا يتقيد بالسنة. اهـ. وقال ابن عبد السلام: والضمير من قوله عقبيه راجع إلى الالتقاط المفهوم من السياق، ولا يؤخر التعريف؛ فإن ذلك داعية إلى إياس ربها فلا يتعرض إلى طلبها، فإن ترك تعريفها حتى طال ضمنها، كذا قال بعض الشيوخ نقلت كلامه على ما فهمت. انتهى. وفي معين الحكام: / فرع: وإذا أمسك الملتقط اللقطة سنة ولم يعرفها، ثم عرفها في الثانية فهلكت ضمنها، وكذلك إن هلك في السنة الأولى ضمنها إذا تبين أن صاحبها من الموضع الذي وجدت فيه، وإن كان من غيره فغاب بقرب ضياعها ولم يقدم في الوقت الذي ضاعت فيه لم يضمن. انتهى.

الثاني: قوله: "لا تأفها" مقابل لقوله: تعريفه لا بقيد السنة، ويعني أن التأفه لا يعرف ولم يقل له أكله لأن إباحة الأكل لا تنافي [سقوط¹⁰⁸⁴] الضمان كالكثير بعد السنة بخلاف عدم التعريف فإنه مناف للضمان، ونحوه لابن عبد السلام.

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعضد عضائها ولا ينفر صيدها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ولا يختلى خلاها، البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 2433، دار الفجر للتراث 2005.

1084 - علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب سقوط كلمة سقوط.

نص خليل

بِكَابَابِ مَسْجِدٍ فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَنْ يَثِقُ بِهِ أَوْ بِأَجْرَةٍ مِنْهَا إِنْ لَمْ يُعْرِفْ مِثْلَهُ
وَبِالْبَلَدَيْنِ إِنْ وُجِدَتْ بَيْنَهُمَا وَلَا يَذْكُرُ جِنْسَهَا عَلَى الْمُخْتَارِ وَدُفِعَتْ لِحَبْرٍ إِنْ وُجِدَتْ بِقَرْيَةٍ ذِمَّةٍ وَلَهُ
حَبْسُهَا بَعْدَهُ.

متن الخطاب

الثالث: جزم المؤلف بأن الكثير وما دونه من فوق التافه يعرف لسنة أما الكثير فلا خلاف فيه، وأما
ما دون الكثير وفوق التافه، وهو المشار إليه بقوله: "كدلو" فحكى ابن الحاجب فيه قولين تعريفه
سنة وتعريفه أياما مظنة طلبه، ورجح في التوضيح [الثاني،¹⁰⁸⁵] ونصه: قال ابن الحاجب: وأما ما
فوقه من نحو [مخلاة¹⁰⁸⁶] ودلو فقليل يعرف أياما مظنة طلبه، وقيل سنة كالكثير. قوله فوقه أي
فوق التافه ودون الكثير مما يشح به صاحبه ويطلبه. ابن رشد: ولا خلاف في وجوب تعريفه إلا أنه
يختلف في حده فقليل سنة كالذي له بال، وهو ظاهر رواية ابن القاسم في المدونة، وقيل لا يبلغ به
الحول وهو قول ابن القاسم من رأيه في المدونة أيضا ورواية عيسى عن ابن وهب في العتبية في مثل
الدريهمات و [الدينار¹⁰⁸⁷] أنه يعرف ذلك أياما. ابن عبد السلام: وتأول المدونة بعضهم على القول
الأول من كلام المصنف وهو الذي عليه الأكثر من أهل المذهب وغيرهم. انتهى. فترك المؤلف القول
الذي عليه الأكثر.

ص: بكباب مسجد ش: قال في المدونة: وتعرف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد وحيث
يظن أن ربها هناك أو خبره. انتهى. وفي سماع أشهب من كتاب اللقطة وسألته يعني مالكا عن
تعريف اللقطة في المساجد فقال لا أحب رفع الصوت في المساجد، وقد بلغني أن عمر بن الخطاب أمر
أن تعرف اللقطة على أبواب المساجد وأحب إلي أن لا تعرف في المساجد ولو مشى هذا إلى الخلق في
المساجد يخبرهم بالذي وجد ولا يرفع صوته لم أر بذلك بأسا. انتهى. وقال ابن الحاجب في الجوامع
والمساجد: قال في التوضيح: ظاهره أن التعريف يكون فيها، ولعل ذلك مع خفض الصوت، ويحتمل
أن يكون على حذف مضاف أي في باب الجوامع والمساجد وهو أحسن؛ لأنه كذلك في المدونة وغيرها
وللحديث. انتهى. وفي التمهيد: التعريف عند جماعة الفقهاء فيما علمت لا يكون إلا في الأسواق
وأبواب المساجد ومواضع العامة واجتماع الناس. انتهى.

ص: أو بمن يثق به ش: ابن عبد السلام: ولا ضمان عليه إن ضاعت إذا دفعها إلى مثله في الأمانة
انتهى. قاله في شرح قول ابن الحاجب وهي أمانة.

تنبيه: ويخير في دفعها إلى الإمام إن كان عدلا. قاله في المدونة ونقله في التوضيح.

ص: ودفعت لحبر إن وجدت بقريّة ذمة ش: هذه المسألة في سماع موسى من كتاب اللقطة،
ونصه: /وسئل مالكا عن اللقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمة فقال تدفع إلى أحبارهم. قال
ابن رشد: هذا قول فيه نظر؛ إذ في الإمكان أن تكون لمسلم، وإن كانت وجدت بين أهل الذمة فكان

74

الحديث

1085 - سقط من المطبوع ويم ص31 وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 ويحيى ص31 و م ص24 ومايأبى52.

1086 * - في المطبوع محلات وما بين المعقوفين من سيدا11 ومايأبى52.

1087 - في المطبوع والدنانير ويم ص31 وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 ويحيى ص31 و م ص25 ومايأبى52.

نص خليل أو التصدق أو التملك ولو بمكة ضامناً فيهما.

متن الخطاب الاحتياط أن لا تدفع إلى أحبارهم إلا بعد التعريف بها استحساناً لغلبة الظن أنها لهم على غير قياس، فإذا دفعت إليهم بعد التعريف لها، ثم جاء صاحبها غرموها له، وإنما كان يلزم أن تدفع ابتداءً إلى أحبارهم لو تحقق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع أنهم يقولون إن من ديننا أن يكون حكم لقطة أهل ملتنا مصروفاً إلينا، وأما إذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع إلى أحبارهم وتكون موقوفة أبداً. وبالله التوفيق. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

ص: أو التصدق ش: قال في الطراز في باب إخراج زكاة الفطر في السفر في تعليل المسألة: ولأننا نجوز للملتقط أن يتصدق باللقطة عن ربها ثم إنه إذا علم بها بعد ذلك ورصي جاز. انتهى. فهذا هو المراد بالتصدق أن يتصدق بها عن ربها، وأما تصدقه بها عن نفسه فهو داخل في تملكه إياها. والله أعلم. تنبيه: قال في المدونة: وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه. انتهى. قال أبو الحسن: الكراهة هنا على المنع لأن الشرع لم يأذن له. انتهى.

ص: أو التملك ولو بمكة ش: تصوره واضح. وعبارة ابن رشد قوية؛ إذ قال بعد أن حكى الخلاف في تملك اللقطة: وهذا الاختلاف إنما هو فيما عدا لقطة مكة، فأما مكة فقد ورد النص فيها أنها لا تحل لقطتها إلا لمنشد، فلا يحل له استنفاقها بإجماع، وعليه أن يعرفها أبداً وإن طال زمانها. انتهى. فتأمله فإنه مشكل. والله أعلم. وفي الإكمال عن المازري عن مالك أن حكم اللقطة في سائر البلاد حكم واحد وعند الشافعي أن لقطة مكة بخلاف غيرها. انتهى من كتاب الحج.

تنبيه: قال النووي في شرح مسلم: وفي جميع أحاديث الباب دليل على أن التقاط اللقطة وتملكها لا يفتقر إلى حكم حاكم ولا إذن سلطان، وهذا مجمع عليه وفيها أنه لا فرق بين الغني والفقر وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور. والله أعلم. انتهى. وفي التمهيد: أجمعوا على أن للفقر أن يأكلها بعد الحول وعليه الضمان، واختلفوا في الغني فقال مالك أحب أن يتصدق بها بعد الحول ويضمنها، وقال ابن وهب: قلت [لمالك ما شأنه بها؟ قال: ¹⁰⁸⁸] إن شاء أمسكها وإن شاء تصدق بها وإن شاء استنفقها وإن [جاء ¹⁰⁸⁹] صاحبها أداها إليه، وقال الشافعي يأكل اللقطة الغني والفقر بعد حول، وهذا تحصيل مذهب مالك وقوله. انتهى.

مسألة: قال في سماع ابن القاسم من كتاب اللقطة: وسئل مالك عن اللقطة يجدها الرجل فيعرفها سنة فلا يجد صاحبها فيستنفقها ثم يحضره الوفاة فيوصي بها ويترك ديناً عليه ولا وفاء له كيف ترى؟ قال: أرى أن يحاص الغرماء بها أهل الدين بقدر ما يصيبها. ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن إقرار المدين بالدين عند مالك جائز لمن لا يتهم عليه كان إقراره في صحته أو مرضه، وإنما يفترق عند الصحة من المرض في رهنه وقضاء بعض غرمائه/ دون بعض وفي إقراره بالدين لمن يتهم عليه فلا يجوز شيء من ذلك في المرض، واختلف قوله في جواز ذلك في الصحة فمرة أجاز ذلك، ومرة لم يجزه، ومرة فرق فأجاز الرهن والقضاء ولم يجز الإقرار ومرة أجاز القضاء خاصة ولم يجز الرهن ولا الإقرار، وأما إن أقر

75

الحديث

¹⁰⁸⁸ * - في المطبوع لمالك وما بين المعقوفين من يحيى 378 وسيد 11 وم 25 ومايaby 53.

¹⁰⁸⁹ - في المطبوع شاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 74 ويحيى ص 32 و م ص 25 ويم ص 31 ومايaby 53.

متن الخطاب أنه استنفق اللقطة ولا دين عليه ولم يقم بذلك عليه حتى مات فإن كان إقراره بذلك في صحته جاز ذلك من رأس ماله على ورثته، وإن كان إقراره في مرضه فإن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس [المال أوصى¹⁰⁹⁰] أن يتصدق بها عن صاحبها أو توقف له، واختلف إن كان يورث بكلالة فقيلاً إنه إن أوصى أن توقف وتحبس حتى يأتي صاحبها جازت من رأس المال، وإن أوصى أن يتصدق بها عنه لم يقبل قوله ولم تخرج من رأس المال ولا من الثلث، وقيل إنه يكون من الثلث، وقيل إنه إن كانت سيرة جازت من رأس المال، وإن كانت كثيرة لم تكن في رأس المال ولا ثلث. انتهى. وفي سماع عبد الملك من ابن وهب: قال عبد الملك سألت ابن وهب عن اللقطة يجدها الرجل فيستنفقها بعد السنة [يقوم¹⁰⁹¹] عليه الغرماء ولم يأت صاحبها أترى أن يحاص بها الغرماء؟ قال: نعم أرى للسلطان أن يحاص بها الغرماء، وسألت أشهب فقال لي مثله إلا أنه لم يذكر السلطان. ابن رشد: ليس سكوت أشهب عن ذكر السلطان في هذا مخالفاً لما قاله ابن وهب؛ لأن السلطان هو الناظر فيها لصاحب اللقطة لكونه في منزلة الغائب إذ لا يعرف، ومعنى ذلك إذا علم إقراره باستنفاقه قبل أن يقوم عليه الغرماء؛ [إذ¹⁰⁹²] لا يجوز إقرار المفلس بعد التفليس لمعين معلوم فكيف لغائب مجهول. انتهى.

مسألة من كتاب اللقطة في سماع ابن القاسم: وسئل مالك عن رجل دخل حانوت رجل بزاز ليشتري منه ثوباً ثم خرج منه، فاتبعه صاحب الحانوت فقال يا أبا عبد الله هذا دينار وجدته في حانوتي ولم يدخل علي اليوم أحد غيرك، [فعد¹⁰⁹³] الرجل فافتقد ديناراً منها أترى أن يأخذه؟ فقال مالك: لا أدري، هو أعلم بيقينه إن استيقن أنه ديناره فليأخذه. قيل له التاجر يقول لم يدخل علي اليوم غيرك وقد افتقد الرجل من نفقته ديناراً قال: إن استيقن أنه له فليأخذه. قال ابن رشد: في قوله إن استيقن فليأخذه دليل على أنه لا يأخذه إلا إن استيقن أنه له بزيادة على ما ذكره يحصل له بها اليقين أنه له وهذا على سبيل التورع والنهاية فيه أنه إذا لم يعترضه شك في أنه له فأخذه له سائغ حلال؛ لأن الغالب على ظنه أنه له؛ إذ قد افتقد ديناراً، ولو لم يعلم عدد نفقته لساغ له عندي أن يأخذه؛ لقول صاحب الحانوت إنه لم يدخل علي اليوم أحد غيرك، وإن كان التورع من أخذه أولى وأحسن، وكذلك لو قال له صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك، ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت فعد الرجل نفقته فافتقد ديناراً، وأما لو قال له هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك، ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت، والرجل لا يعلم عدد نفقته لما ساغ له أن يأخذه بالشك. وبالله التوفيق.

ص: كنية أخذها قبلها ش: قال الشارح بهرام في الوسط: يعني أن الملتقط إذا نوى قبل السنة أكل اللقطة فإنه يضمنها يريد إذا ضاعت عنده، وظاهره أنه يضمن بمجرد النية وفيه نظر، فإن أبا الحسن الصغير قال المشهور أن النية بمجردها لا توجب شيئاً إلا أن يقارنها فعل. انتهى. وما نقله عن أبي

1090 - في المطبوع ويم ص31 و م ص26 وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص75 ويحيى ص32 وما يابى54.

1091 - في المطبوع يقدم وما بين المعقوفين من م ص26.

1092 - في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص75 ويحيى ص32 و م ص26 ويم31 وما يابى54.

1093 - * في المطبوع فعمد والمثبت يحيى378 وم وما يابى54 و4 ويم60.

الحسن فليس هو في هذه المسألة إنما قاله في شرح قوله في المدونة: ومن التقط لقطعة فبعد أن حازها وبان بها ردها بموضعها أو بغيره ضمنها، فأما إن ردها في موضعها مكانه ساعته كمن مر في أثر رجل فوجد شيئاً فأخذه وصاح به أهذا لك؟ فيقول لا فتركه فلا شيء عليه، وقاله مالك في واجد الكساء بإثر رفقة فأخذه وصاح أهذا لكم فقالوا لا فردّه قال: قد أحسن في رده ولا يضمن.

متن الخطاب

قال أبو الحسن: قوله ليعرفها انظر هل تعريفاً عاماً الذي هو السنة أو تعريفاً خاصاً/ كواجد الكساء؟ عياض: اختلف تأويل الشيوخ على كلام ابن القاسم فقليل إن الثانية بخلاف الأولى، وإنه ضمنه في الأولى لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها، والثانية لم يأخذها بنية التعريف فالقرب والبعد سواء في ذلك، وحكى ذلك عبد الوهاب، وتأول آخرون أن مذهب ابن القاسم أنه لا يضمن إذا ردها بالقرب؛ يعني إذا أخذها بنية التعريف، وإليه نحا اللخمي، فحاصله أن قوله من أخذ لقطعة المسألة، وقوله فأما إن ردها في موضعها مكانه اختلف في تأويله فذهب بعض الشيوخ إلى أنه إنما ضمنها¹⁰⁹⁴

76

في الأولى إذا لم يردّها بالقرب؛ لقولها: فبعد أن حازها وبان بها ولم يضمنه في الثانية لأنه ردها بالقرب، وهذا تأويل اللخمي، وذهب غيره إلى أنه إنما ضمنه في الأولى لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها فلا فرق في ذلك بين القرب والبعد، وفي الثانية لم يأخذها بنية تعريف العام، وهذا تأويل ابن رشد. الشيخ: وهل توجب النية بمجرد ردها شيئاً أم لا؟ فالمشهور أنها لا توجب شيئاً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: {ما لم تعمل أو تتكلم¹} فمن نوى قرينة فلا تلزمه بمجرد النية إلا أن يقارنها قول كالنذر أو الشروع في العمل، ثم هذا العمل إما أن يكون مما لا يتجزأ كصوم يوم أو صلاة فهذا يلزم إتمامه بالشروع، وإن كان مما يتجزأ كالجوار وقراءة أحزاب أو نوى إطالة القيام في الركوع [ثم] بدا له [فما] ¹⁰⁹⁵ [شرع فيه لزم، وما لم يأت ليس فيه إلا مجرد النية فلا يلزمه، والتعريف مما يتجزأ فليس فيما يأتي إلا مجرد النية فانظر. انتهى. فتأمله.

وقال البساطي: أي وكذلك يضمن الرجل إذا نوى لما وجد اللقطة أن يأخذها تملكا وكانت هذه النية قبل وضع اليد عليها فإنه يضمن بهذه النية كالغاصب. انتهى. وإن قلت حملت اللفظ على ما لا يحتمل. قلت بل [يحمل، ¹⁰⁹⁷] وغاية ما يورد أني غيرت الأخذ حتى يصح المعنى المنصوص وقد رت مضافاً محذوفاً بعد قبل أي قبل قبضها لأجل ذلك، وما حملة عليه الشارح أولاً لا يصح معنى ولا نقلاً. انتهى. فما قاله الشيخ بهرام هو ظاهر كلام المؤلف، وقد علمت ما في قوله، وظاهره إلى آخره واحتجاجه بكلام أبي الحسن، وأن ذلك ليس في هذه المسألة، وسيأتي كلام ابن عرفة بأنه يجب الضمان في هذه المسألة اتفاقاً، فيبقى كلام المصنف على ظاهره. والله أعلم. وأما البساطي فأول كلام المصنف ليوافق ما قاله ابن رشد في المقدمات، فإنه إنما ذكر

الحديث

1- عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 127، ط. دار إحياء التراث العربي.
- أخرجه البخاري بهذا اللفظ، كتاب الطلاق، رقم الحديث 5269، ولفظه إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم.

¹⁰⁹⁴ * - في م 26 ويم 60 وسيد 12 ومايaby 55 إنما ضمنه.

¹⁰⁹⁵ * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايaby 55 ويم 60.

¹⁰⁹⁶ * - في المطبوع فيما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يم 60 ومايaby 55.

¹⁰⁹⁷ * - في يم 60 ويحيى 379 وسيد 12 ومايaby 55 وم 26 بل يحتمل.

متن الخطاب الضمان إذا أخذها بنية تملكها، وقال ابن الحاجب: وهي أمانة ما لم ينو [اختزالها]¹⁰⁹⁸ فتصير كالغصوب. قال الشيخ في التوضيح: هو ظاهر تصورا وتصديقا، وقال ابن عبد السلام: يعني أن اللقطة بيد ملتقطها على حكم الأمانة بمقتضى حكم الشرع، وإن قبضها بغير إذن مالكها ما لم ينو اغتيالها، وإن غصبا فإن نوى ذلك ضمنها كما يضمن الغاصب، وهذا بين إذا كانت هذه نيته حين التقطها، وإن حدثت له هذه النية بعد الالتقاط جرى ذلك على تبدل النية مع بقاء اليد. انتهى. قال ابن عرفة بعد نقل كلام ابن عبد السلام: قلت: يرد بأن القول بلغو أثر النية إنما هو مع بقاء اليد كما كانت، لا مع تغير بقائها عما كانت بوصف مناسب لتأثير النية ويد الملتقط السابقة عن نية الاغتيال كانت مقرونة بالتعريف أو العزم عليه وهي بعدها مقرونة بنقيض ذلك، فصار ذلك كالفعل، فيجب الضمان اتفاقا. انتهى. وقال ابن عرفة: قلت: الأظهر أنه ينظر لحال المدعى عليه كالغصب. انتهى. وكذلك هو صريح في عبارة الشامل ونصه ولو نوى أكله قبل العام ضمنه إن تلف. انتهى. وهو ظاهر عبارة ابن الحاجب أيضا فكلام المؤلف على ظاهره ولا يحتاج لتأويل على ما قاله البساطي.

فرع: قال في كتاب الزكاة من التوضيح: وأما ملتقط اللقطة فلا زكاة عليه إن لم ينو إمساكها لنفسه وإن نوى ذلك ولم يتصرف ففي ضمانه قولان، والقول بعدم ضمانه لابن القاسم المجموعة¹⁰⁹⁹ وإن تصرف فيه ضمنه بلا خلاف. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة، / ونصه: وفي صيرورتها ديننا على ملتقطها لإرادة أكلها أو بتحريكه [لها]¹¹⁰⁰ نقلنا الشيخ عن سحنون مع المغيرة وعن ابن القاسم في المجموعة، وعزا ابن رشد الأول لروايتي ابن القاسم وابن وهب عن مالك. انتهى. والمسألة في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب الزكاة والله أعلم.

فرع: قال ابن عبد السلام: قال أشهب ولو ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها فالقول قول الملتقط أنه التقطها ليعرف بها بغير يمين. انتهى. وما عزاه لأشهب هو في المدونة، ونصها: وإن ضاعت اللقطة من الملتقط لم يضمن. ابن يونس: قال أشهب وابن نافع وعليه اليمين ومذهب الكتاب في هذا لا يمين عليه إلا أن يتم. وقاله ابن رشد. انتهى من أبي الحسن، ونحوه في التوضيح. ثم قال في المدونة: وإن قال له ربها أخذتها لتذهب بها وقال هو بل لأعرفها صدق الملتقط. ابن يونس: قال أشهب بلا يمين. انتهى.

وقال ابن رشد في المقدمات: ولا يعرف الوجه الذي التقطها عليه إلا من قبله، فإن تلفت عنده أو ادعى تلفها وادعى أنه أخذها ليحرزها على صاحبها فهو مصدق دون يمين إلا أن يتهم، وسواء أشهد حين التقطها أو لم يشهد على مذهب مالك؛ لأن الإشهاد مستحب. انتهى. وقال في التوضيح: ولا يلزم الإشهاد عليها حال التقاطها خلافا لبعض الحنفية. انتهى.

77

1098 -* في يحيى 379 ما لم ينو اغتيالها.

1099 -* في يم 60 ويحيى 379 وم 26 وسيد 12 ابن القاسم في المجموعة.

1100 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 77 ويحيى ص 33 و م ص 26 ويم ص 32 وما يابى 56.

نص خليل وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِهَا لِلْحِفْظِ إِلَّا بِقُرْبٍ فَتَأْوِيلَانِ وَذُو الرِّقِ كَذَلِكَ وَقَبْلَ السَّنَةِ فِي رَقَبَتِهِ.

متن الخطاب ص: وردها بعد أخذها للحفظ إلا بقرب فتأويلان ش: تصويره واضح. قال ابن الحاجب: فإن أخذها ليحفظها ثم ردها ضمنها. قال ابن عبد السلام: ولا شك أن هذه المسألة إنما تتفرع على القسم المختلف فيه. انتهى. يعني من أقسام الالتقاط، وما قاله ظاهر لأن القسم الذي يحرم فيه الالتقاط هو مأمور بالرد، والقسم الذي يجب يضمن بمجرد تركها، وقد علمت كلام المدونة والتأويلين عليه فيما سبق فلا حاجة إلى الإعادة، وقول المؤلف: "بعد أخذها للحفظ" احتراز مما إذا أخذها لا بنية الحفظ ولا بنية اغتيالها فإنه لا يضمن إذا ردها بالقرب بلا خلاف، ويضمن إذا ردها بعد البعد. قال أبو الحسن: قال عياض: لا خلاف إذا أخذها بغير نية التعريف [كأخذ¹¹⁰¹] الكساء أنه غير ضامن إذا ردها لموضعها في الحين. انتهى. وقال في المقدمات: واجد اللقطة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يأخذها ولا يريد التقاطها ولا اغتيالها، والثاني أن يأخذها ملتقطا لها، والثالث أن يأخذها مغتالا لها فأما الأول فهو مثل أن يجد ثوبا وهو يظنه لقوم بين يديه يسألهم عنه فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجدته، ولا ضمان عليه فيه. قاله ابن القاسم في المدونة، ورواه ابن وهب عن مالك لأنه لم يصر في يده ولا تعدى عليه، وإنما أعلم به من ظن أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة، وهذا إذا ردها بالقرب، وأما إن ردها بعد طول فهو ضامن. انتهى. والقسمان الباقيان تقدما في كلام المؤلف. والله أعلم

ص: وذو الرق كذلك وقبل السنة في رقبتة ش: يعني ذو الرق إذا التقط لقطة فعليه أن يعرفها سنة، فبعد السنة إن أكلها أو تصدق بها ضمنها في ذمته، وهذا معنى قوله كذلك وقوله: "وقبل السنة في رقبتة" واضح. قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي وليس لسيده منعه من التعريف؛ لأن التعريف يصح حين تصرفه لسيده، ولا يقطعه ذلك عن بيعه لسيده، ولسيده أن ينتزعها ويوقفها على يدي عدل لئلا يخاف عليها أن تتلف أو يتصرف فيها العبد، وإن كان غير مأمون كان أبين أن توقف على يدي عدل. انتهى. وإذا كانت في ذمته فليس لسيده أن يسقطها. قاله اللخمي أيضا. قال في النوادر: قال مالك في العبد يستهلك اللقطة قبل السنة إنها في رقبتة. قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ: سواء أكلها أو أكل ثمنها أو تصدق بها أو وهبها، قال أشهب وابن المغيرة: وكذلك المدبر، فإن أسلم سيده خدمته فيها أخدته فيها ثم عاد إلى ربه، فإن مات ربه قبل استيفاء ربه قيمتها من خدمته عتق في ثلث سيده واتبع بما بقي. قال أشهب: وإن كان مكاتبا فهي في رقبتة إما أن يؤدي قيمتها، وإلا عجز ثم خير ربه في إسلامه بها عبدا أو افتدائه ويبقى له عبدا، وإن استهلكها بعد السنة فهي في ذمته، وكذلك المدبر وأم الولد، وإن استهلك أم الولد قبل السنة فكالجناية يضمن سيدها الأقل من قيمتها أو قيمة اللقطة. انتهى.

78

نص خليل وَلَهُ أَكُلُ مَا يَفْسُدُ وَلَوْ بِقَرِيَّةٍ وَشَاةٍ بِقِيَفَاءَ كَبَقَرٍ بِمَحَلٍّ خَوْفٍ وَإِلَّا تُرِكَتْ كَابِلٍ وَإِنْ أَخَذَتْ عُرْفَتْ ثُمَّ تُرِكَتْ بِمَحَلِّهَا وَكَرَاءُ بَقَرٍ وَنَحْوَهَا فِي عَافِيَا كِرَاءٍ مَضْمُونًا وَرُكُوبُ دَابَّةٍ لِمَوْضِعِهِ وَإِلَّا ضَمِنَ.

متن الحطاب ص: وله أكل ما يفسد ش: ظاهره من غير تعريف أصلا، وهو ظاهر كلام ابن رشد وابن الحاجب، وفي المدونة ما يدل على التعريف، ونصه: ومن التقط ما لا يبقى من الطعام فأحب [إلي¹¹⁰²] أن يتصدق به كثر أو قل، ولم يؤقت مالك في التعريف به وقتا، فإن أكله أو تصدق به لم يضمنه لربه. انتهى. وقال في الشامل: والتصدق به أولى، ولا ضمان على الأصح، وثالثها إن تصدق به لا أكله. انتهى. وظاهر كلام المؤلف كان له ثمن أم لا وليس كذلك، فقد صرح ابن رشد بأنه إذا كان له ثمن بيع ووقف ثمنه ذكره في أول سماع عيسى من كتاب الضحايا، وتقدم كلامه برمته في الضحايا فراجع. والله أعلم.

ص: وشاة بغيراء ش: عطف الشاة على ما يفسد ولم يشبه الشاة به كما فعل ابن الحاجب ولا شبهه بالشاة كما فعل في المدونة؛ لأن كل واحد منهما أصل ورد فيه حديث، أما الشاة فالحديث المشهور هي لك أو لأخيك أو للذئب¹، وأما ما يفسد فجرى ذكره في حديث الثمرة² وغيره. والله أعلم. وقوله: "بغيراء" يعني لا عمارة فيه لكونه يخشى عليها فيه السباع، وترك المؤلف شرطا آخر ذكره ابن الحاجب وهو كونه يعسر حملها، وأقره في التوضيح فقال ابن عبد السلام: والثاني لم يذكره في المدونة، وظاهر كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- أنه لو لم يعسر حملها للزمه حملها ولم يجز له أن يأكلها. انتهى. وإذا أكلها بالغيراء فلا ضمان عليه فيها. قاله في المدونة. وقوله: "بغيراء" احتراز به مما لو وجدها في القرية أو بقرب العمران فإن عليه أن يعرفها. قال في المدونة: ومن وجد ضالة غنم بقرب العمران عرف بها في أقرب القرى إليها ولا يأكلها، وإن كانت في فلولات الأرض والمهامه أكلها ولا يعرف بها ولا يضمن لربها شيئا. انتهى.

فرع: قال ابن يونس: قال سحنون فيمن وجد شاة اختلطت بغنمه فهي كاللقطة يتصدق بها أو بثمنها يريد بعد السنة فإن جاء ربها ضمنها له. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: فلو ذبحها في الفلاة ثم أتى بلحمها أكله غنيا كان أو فقيرا. أصبغ: ويصير لحمها وجلدها مالا من ماله، ولا ضمان عليه في ذلك إلا أن يأتي ربها وهي في يديه فيكون أحق بها، وإن أتى بالشاة من الفلاة إلى العمارة فلها حكم اللقطة يعرفها، وإن أتى ربها أخذها. اللخمي: يريد ويعطيه أجرة نقلها. انتهى.

ص: كابل ش: ظاهره أن هذا في جميع الأزمان. قال في المقدمات: وهو ظاهر قول مالك في المدونة وفي سماع أشهب من العتبية، وقيل هو خاص بزمن العدل وصلاح الناس، وأما في الزمن الذي فسد فيه الناس فالحكم أن تؤخذ فتعرف، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها، فإن أيس منه تصدق به

79

1 - أن أعرابيا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة فإن جاء أحد يخبرك بعفاصها ووكانها وإلا فاستفق بها وسأله عن ضالة الأبل فتمعر وجهه فقال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر دعها حتى يجدها ربها وسأله عن ضالة الغنم فقال هي لك أو لأخيك أو للذئب، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب اللقطة، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2438.

2- لعنه حديث الثمرة: مر النبي صلى الله عليه وسلم بتمر في الطريق قال لو لا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها. البخاري، رقم الحديث 2431.

نص خليل

وَعَلَاتُهَا دُونَ نَسْلِهَا وَخَيْرُ رُبِّهَا بَيْنَ فَكْهًا بِالنَّفَقَةِ أَوْ إِسْلَامِهَا وَإِنْ بَاعَهَا بَعْدَهَا فَمَا لِرُبِّهَا إِلَّا الشُّنُّ بِخِلَافِ مَا لَوْ
وَجَدَهَا بِيَدِ الْمُسْكِينِ أَوْ مُبْتَاعٍ مِنْهُ فَلَهُ أَخْذُهَا وَلِلْمُلْتَقِطِ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ إِنْ أَخَذَ مِنْهُ قِيمَتَهَا إِلَّا أَنْ يَتَّصِدَّقَ بِهَا عَنْ
نَفْسِهِ وَإِنْ نَقَصَتْ بَعْدَ نِيَّةِ تَمْلِكِهَا فَلِرُبِّهَا أَخْذُهَا أَوْ قِيمَتِهَا وَوَجِبَ لِقَطِ طِفْلِ نُبْذِ كِفَايَةً وَحَضَانَتُهُ وَنَفَقَتُهُ إِنْ لَمْ يُعْطَ
مِنَ الْفَيءِ إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ كَهَبَةً أَوْ يُوجَدَ مَعَهُ أَوْ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ إِنْ كَانَتْ مَعَهُ رُقْعَةٌ.

متن الخطاب

على ما فعله عثمان لما [دخل¹¹⁰³] الناس في زمنه الفساد، وقد روي ذلك عن مالك. انتهى. قال في
التوضيح: قال ابن عبد السلام: وصحيح مذهب مالك عدم التقاطها مطلقا. انتهى. وظهره أيضا سواء
كانت بموضع يخاف عليها السباع أم لا؛ لأنها لا تؤخذ، وقال في المقدمات: واختلف إن كانت الإبل
بعيدة من العمران بحيث يخاف عليها السباع فقبل إنها في حكم الغنم لواجدها أكلها، وقيل إنها
تؤخذ فتعرف إذ لا مشقة في جلبها. انتهى. وقال ابن عبد السلام: واختلف هل تلتقط حيث لا يؤمن
عليها السباع. انتهى. ونقله عنه في التوضيح ولم ينقله عن المقدمات. والله أعلم. وظهره أيضا سواء
كانت في العمران أو في الصحراء لإطلاقه، وقال ابن الحاجب: ولا تلتقط الإبل في الصحراء. قال في
التوضيح: قوله في الصحراء نحوه في المدونة، فيحتمل أن لا يكون له مفهوم؛ لأنه خرج مخرج
الغالب، ويحتمل أن يكون له مفهوم، ثم هو محتمل للموافقة لأنه إذا امتنع التقاطها حيث يتوهم
ضياعا فامتناعه حيث لا يتوهم أولى، ومحتمل للمخالفة فيكون معناه أنها تلتقط في العمران لسهولة
وجدان ربها لها بخلاف ما إذا نقلها من الصحراء إلى العمارة فلا تتأتى معرفة ربها، ولأنها في
العمران لا تجد ما تأكل فتهلك. ابن عبد السلام: والأول أسعد بظاهر المذهب، والثاني أقرب إلى
لفظه. انتهى. قوله في الحديث: {مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها¹}، حذاؤها أخفافها لما فيها من
الصلابة، وسقاؤها كرشها لكثرة ما تشرب فيه من الماء وتكتفي به الأيام، وكلاهما من مجاز التشبيه.
والله أعلم./

80

ص: وغلقتها دون نسلها ش: قال في المسائل الملقطة: وأما منافع اللقطة وغلقتها ولبنها فقال مالك
للملتقط، ولا يتبع بذلك ويتبع بها وبنسلها خاصة، وقيل يتبع بالجميع إن كان له ثمن، وله أن
يكري البقر وغيره في علفها كراء مأمونا وله الركوب وله بيع ما يخاف ضياعه وتلفه. انتهى.
ص: ووجب لقط طفل نبذ كفاية ش: قال ابن الحاجب: اللقيط طفل ضائع لا كافل له ابن عبد
السلام وسواء علم نسبه أو لم يعلم، والكافل المنفي هو القريب، وإلا فالملتقط كافل. انتهى. وقوله
كفاية قال في الجواهر وكل صبي ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية، فمن وجده وخاف
عليه الهلاك إن تركه لزمه أخذه ولم يحل له تركه. انتهى.
ص: ونفقته إن لم يعط من الفيء الخ ش: لم يتعرض المصنف لمنتهى النفقة، وقال ابن الحاجب:

1 - أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم أعرف وكاءها وعفاصها ثم استفق بها
فإن جاء ربها فأدأها إليه فقال يا رسول الله فضالة الغنم قال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال يا رسول الله
فضالة الإبل قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه (أو احمر وجهه) ثم قال مالك ولها معها
حذاؤها وسقاؤها حتى يلقيها ربها، مسلم في صحيحه، دار إحياء التراث العربي، 1972، رقم الحديث 1722.

الحديث

نص خليل

وَرُجُوعُهُ عَلَى أَبِيهِ إِنْ طَرَحَهُ عَمَدًا وَالْقَوْلُ لَهُ إِنَّهُ لَمْ يُنْفِقْ حِسْبَةً وَهُوَ حُرٌّ.

متن الخطاب

فإن تعذر فعلى ملتقطه حتى يبلغ أو يستغني. قال ابن عبد السلام: يعني فإن تعذر الإنفاق عليه من شيء من الوجوه المتقدمة وجبت نفقته على ملتقطه، إما بمقتضى العادة لأن العادة تدل على مثل هذا، وإما لأنه أولى الناس به ويستمر إنفاقه عليه إلى البلوغ، أو يستغني قبل ذلك، على أن الباجي وغيره ممن نقل هذا الفرع عن كتاب محمد إنما عطف يستغني على ما قبله بالواو، وذلك يوهم أن يكون حكمه في النفقة حينئذ كحكم الولد تستمر النفقة عليه إلى أن يبلغ الذكر صحيحا أو تتزوج الأنثى ويدخل بها زوجها، وما أظنه يريد مثل هذا. انتهى. وقال في التوضيح: نفقته على ملتقطه حتى يبلغ ويستغني. هكذا نقل الباجي وغيره هذه الرواية بالواو خلاف قول المصنف: "أو يستغني". انتهى.

81

فتأمله. وفي الشامل: حتى يبلغ ويستغني بالواو كنقل الباجي. /
ص: ورجوعه على أبيه إن طرحه عمدا ش: تصوره [واضح.¹¹⁰⁴] قال ابن الحاجب: فإن ثبت له أب بالبينة قال في التوضيح: قوله ثبت لا مفهوم له؛ لأنه لو أقر بأنه ولده كان الحكم كذلك صرح به الباجي، وإنما تشترط البينة أو ما يقوم مقامها في التصديق في الاستلحاق. انتهى. وعبارة التهذيب نحو عبارة ابن الحاجب، فنبه عليها أبو الحسن الصغير، وقول المؤلف: "إن طرحه عمدا" كقول ابن الحاجب فإن ثبت له أب بالبينة طرحه عمدا لزمته، ويفهم من كلامه وكلام المؤلف أنه لو لم يطرحه أو طرحه بلا عمد لا رجوع عليه، ولكن إنما تكلم ابن عبد السلام والمؤلف على المفهوم الأول وهو كونه لم يطرحه، وكذا الشارح بهرام في كلام المؤلف، وقال في المدونة: ومن التقت لقيطا فأنفق عليه، فأتى رجل أقام البينة أنه ابنه فله أن يتبعه بما أنفق، إن كان الأب موسرا في حين النفقة؛ لأنه ممن تلزمه نفقته، هذا إن تعمد الأب طرحه، وإن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه، وقال مالك في صبي ضل عن والده فأنفق عليه رجل فلا يتبع أباه بشيء. قال أبو الحسن: هذا دليل على قوله لم يتعمد طرحه كأنه يقول فكذلك مسألتك في الذي لم يتعمد الأب طرحه. انتهى. وقال البساطي في شرح قول المؤلف: "ورجوعه على أبيه إلى آخره" أي ووجب للمنفق الرجوع على أبي اللقيط إذا طرحه عمدا أما إنه يرجع عليه فلأن النفقة بالأصالة على الأب وطرحه لا يسقطها، وأما إنه إذا لم يطرحه أو طرحه بوجه كمن زعم أنه سمع أن من طرح ابنه يعيش له الذي هو مفهوم كلام المؤلف؛ فلأن أخذ الملتقط له والحالة هذه منع من إنفاق الأب عليه، وهو ظاهر فيما إذا طرحه بوجه. انتهى. فتأمله مع كلام المدونة. والله أعلم.

وبقي على المؤلف قيدان في المسألة الأول: أن يكون الأب حين الإنفاق موسرا، وقد ذكره في المدونة، ونبه عليه في التوضيح، وتركه المصنف اعتمادا على ما قدمه في فصل النفقة من أن نفقة الولد إنما تجب على الموسر. القيد الثاني: أن لا يكون المنفق أنفق حسبة وهذا يدل عليه قوله بعد: "والقول قوله إنه لم ينفق حسبة" فتأمله. والله أعلم.

ص: والقول قوله إنه لم ينفق حسبة ش: يعني إذا طرحه أبوه عمدا ولزمته نفقته فادعى على المنفق أنه إنما أنفق حسبة وادعى المنفق عدم الحسبة، فالقول قوله. قال في الجواهر: مع يمينه، وقال

الحديث

نص خليل

وَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَحُكْمَ بِإِسْلَامِهِ فِي قُرَى الْمُسْلِمِينَ كَانَ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا بَيْتَانِ إِنْ التَّقَطُّهُ مُسْلِمٌ وَإِنْ فِي قُرَى الشَّرِكِ فَمُشْرِكٌ وَلَمْ يُلْحَقْ بِمُلْتَقَطِهِ وَلَا غَيْرِهِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ أَوْ بَوَاحٍ وَلَا يَرُدُّهُ بَعْدَ أَخْذِهِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ لِيَرْفَعَهُ لِلْحَاكِمِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ وَالْمَوْضِعُ مَطْرُوقٌ وَقَدَّمَ الْأَسْبِقُ ثُمَّ الْأُولَى وَإِلَّا فَالْقَرْعَةُ وَيَنْبَغِي الْإِشْهَادُ.

ابن عبد السلام فيقبل قوله في أنه أنفق ليرجع، وينبغي أن يكون بيمين. انتهى. يظهر أنه بحث من عنده، وقد صرح به ابن شاس كما علمت، ونبه عليه في التوضيح. تنبيهه: انظر لو اختلفا في طرحه فادعى الملتقط أن أباه طرحه عمدا وأنكره الأب فالقول قول من أشبه منهما، وكذلك لو اختلفا في عسر الأب وقت الإنفاق أو يسره. والله أعلم. ص: وولاؤه للمسلمين ش: قال في الجواهر: ولا يختص به الملتقط إلا بتخصيص الإمام انتهى. وقال فيها أيضا: وأرش خطئه على بيت [المال،¹¹⁰⁵] وإن جنى عليه فالأرش له. انتهى. ص: كأن لم يكن فيها إلا بيتان إن التقطه مسلم ش: قال في تضمين الصانع من المدونة: إلا البيتين والثلاثة، ونقله في الجواهر، فمفهومه أن لو كانوا أكثر من ذلك حكم بإسلامه مطلقا، سواء التقطه مسلم أو كافر، وقال في التوضيح: ويفهم من تعيين المصنف -يعني ابن الحاجب- هذه الصورة للخلاف أنه لو كان المسلمون مساوين أو أكثر أو قريبا من التساوي أن يحمل اللقيط على الإسلام ولو التقطه مشرك. انتهى. ومفهوم المدونة أنه إذا كانوا أكثر من ثلاثة ولو لم يكونوا قريبا من التساوي لحكم بإسلامه مطلقا كما تقدم، وانظر قولهم البيتين والثلاثة لو لم يكن فيهما إلا واحد، والظاهر أن الحكم متحد. والله أعلم. /

82

ص: وفي قرى الشرك مشرك ش: نحوه في المدونة. قال أبو الحسن: وسواء التقطه مسلم أو كافر. انتهى. وفي الذخيرة: وفي قرى الكفر وموضعهم فهو كافر، ولا يعرض له إلا أن يلتقطه مسلم فيجعله على دينه. انتهى. فتأمله.

ص: وقدم الأسبق الخ ش: قال في التوضيح: وهذا مقيد بما إذا لم يؤد إلى ضياعه عند الأول انتهى. ونقله في الجواهر، ونصه: ولو ازدحم اثنان كل منهما أهل قدم السابق، فإن استويا قدم الإمام من هو أصلح للصبي، فإن استويا في ذلك أقرع بينهما. انتهى. وقال في تضمين الصانع من المدونة: ومن التقط لقيطا، فكأبره عليه رجل فنزعه منه، فرافعه إلى الإمام نظر الإمام للصبي فأيهما كان أقوى على مؤنته وكفالاته وكان مأمونا دفعه إليه. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال أبو إسحاق هو للأول إلا أن يكون الثاني أكفا منه وأحرز. الشيخ: وهو معنى الكتاب، وقوله: مأمونا أي أن يببعه. انتهى. فتأمل كلام المدونة وشارحها، فإنه يقتضي تقديم الأكفا ثم الأول. فتأمله مع كلام التوضيح. وانظر هل يرجح هنا بالصلاح وعدمه فيقدم غير الفاسق على الفاسق؟ وقد يتلمح ذلك من قول المدونة: وكان مأمونا. فتأمله. والله أعلم.

الحديث

نص خليل

وَلَيْسَ لِمُكَاتِبٍ وَنَحْوِهِ التَّقَاطُ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ وَتُرْعَ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَتُدِبَ أَخْذُ آبِقٍ لِمَنْ يَعْرِفُ وَإِلَّا فَلَا يَأْخُذُهُ فَإِنْ أَخَذَهُ رَفَعَهُ لِلْإِمَامِ وَوَقَفَ سَنَةً ثُمَّ بَيَعَ وَلَا يُهْمَلُ.

متن الخطاب

ص: وليس لمكاتب ونحوه التقاط بغير إذن السيد ش: قال في التوضيح: تبعا لابن عبد السلام لأنه يشتغل بتربيته ونفقته عن سيده، وإنما نص على المكاتب؛ [لأنه قد¹¹⁰⁶] يتوهم أنه [لما¹¹⁰⁷] أحرز نفسه وماله أن له ذلك، ووجه أنه ليس له ذلك بأن اللقيط يحتاج إلى حضانة والحضانة تبرع وليس من أهله، وانظر المرأة هل يصح التقاطها بغير إذن زوجها؟ فتأمل. والله أعلم./

83

ص: وندب أخذ آبق لمن يعرف وإلا فلا يأخذه ش: قال في التنبيهات: الإباق بكسر الهمزة اسم للذهاب في استتار وهو الهروب، والأبق بالفتح وسكون الباء وفتحها أيضا اسم الفعل والمصدر، والأباق بضم الهمزة وتشديد الباء جمع آبق. انتهى. وعبارة المؤلف هي كقوله في المدونة ومن وجد آبقا فلا يأخذه إلا أن يكون لقربيه أو جاره أو لمن يعرفه، فأحب إلي أن يأخذه وهو من أخذه في سعة. انتهى. وقول المؤلف: "فلا يأخذه" هو لفظ المدونة وهو على الاستحباب. قال الرجراجي: أما أخذ الآبق فقد قال مالك في المدونة: تركه خير من أخذه إلا أن يكون لقربيه أو جاره أو لمن يعرفه، فأحب إلي أن يأخذه. انتهى. أبو الحسن: قوله: أو لمن يعرفه هو الضابط، ولا يقال إن ذلك للقرابة. انتهى. ولهذا اقتصر عليه المؤلف، وقيد البساطي هذا بما إذا كان في موضع لا يخشى عليه فيه الهلاك، ولم أره لغيره، إلا أن الشيخ أبا الحسن قال في قوله في المدونة: وهو من أخذه في سعة. قال للحمي: أما إذا كان على الأميال اليسيرة من الموضع الذي أبق منه فلا سعة في تركه إذا لم يخف منه. الشيخ: لأن تركه تلف له. انتهى.

ص: فإن أخذه رفعه للإمام ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل ش: قال في المدونة: ومن أخذ آبقا رفعه إلى الإمام ويوقفه سنة، وينفق عليه، ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي، فإن جاء صاحبه وإلا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق وحبس بقية الثمن لربه في بيت المال، وأمر مالك ببيع الأبق بعد السنة، ولم يأمر بإطلاقهم يعملون ويأكلون، ولم يجعلهم كضوال الإبل لأنهم يأبقون ثانية. انتهى. فقول المؤلف: "رفعه إلى الإمام" كقوله في المدونة: رفعه إلى الإمام. أبو الحسن: ظاهره أنه مطلوب بذلك، وإن كان لا يجب عليه فالرفع إلى الإمام أولى، وله أن يفعل هو ما يفعله الإمام. انتهى. وقال: قوله ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي يظهر منه أن الأجنبي يفعل فيه ما يفعله الإمام، ولا يجب عليه الرفع. انتهى. وقال الرجراجي إثر كلامه المتقدم: فإن أخذه فلا يخلو السلطان من أن يكون عدلا أو جائرا، فإن كان عدلا فهو مخير إن شاء رفعه إلى الإمام وإن شاء عرف به، ثم قال: وإن كان السلطان جائرا فلا ينبغي له أن يرفعه إليه ويعرفه سنة وينفق عليه، ويكون حكمه في النفقة حكم السلطان. انتهى. وقول المؤلف: "ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل" مثل قوله في المدونة: ويوقفه سنة إلى قوله ولم يأمر

الحديث

1106 - في المطبوع المكاتب وإنما صح لأنه يتوهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص82 ويحيى 35 وم28 ومايأبى 60.

1107 - في المطبوع إنما وما بين المعقوفين من ن عدود ص82 ويحيى ص35 وم ص28.

متن الخطاب بإطلاقهم وفيه أمران: أحدهما أنه يحبس سنة، والثاني أنه يباع بعد السنة ولا [يهمل،¹¹⁰⁸] أما الأول فقال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس: قال سحنون: لا أرى أن يوقفه سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع، ويكتب الحاكم صفاته عنده حتى يأتي له طالب. ابن يونس: وهو الصواب لأن النفقة عليه سنة ربما ذهبت بثمنه. انتهى. وفي سماع عيسى: قال ابن القاسم: الشأن والسنة في الآبق أن يحبس سنة إلا أن يخاف الضيعة فيباع. قلت: رأيت إذا انقضت السنة ولم يخف ضيعة أيباع؟ قال: نعم ولا يحبس بعد السنة. ابن رشد: قوله إن الآبق يحبس هو مثل ما في المدونة، وقوله إنه إذا خشيت الضيعة عليه بيع قبل السنة هو تفسير لما في المدونة، وقد مضى في أول رسم من سماع أشهب أنه إذا خشيت عليه الضيعة خلي سبيله ولم يبع، وقد مضى القول هنالك فلا معنى لإعادته انتهى فما في سماع عيسى تفسير لما في المدونة، وأما كلام سحنون [فإنه¹¹⁰⁹] خلاف للمدونة فإنه لا يرى حبسه سنة أصلاً.

قال الرجراجي: قال مالك في المدونة ولم أزل أسمع أن الآبق يحبس سنة، وذلك يختلف باختلاف الأحوال، وتحصيله أن العبد لا يخلو من أن يخشى عليه الضيعة في هذا الأمد أم لا، فإن خيف بيع قبل السنة، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وهو تفسير لقول مالك وإن لم يخش عليه هل ينتظر به سنة، وهو مذهب المدونة وهو المشهور، والثاني أنه لا يوقف سنة وإنما يوقف بقدر ما يتبين ضرره وهو قول سحنون. انتهى.

وأما الأمر الثاني وهو كونه يباع بعد السنة ولا يهمل فقال في سماع/ أشهب إنه إذا عرفه فلم يجد من يعرفه أنه يخليه خير له من أن يبيعه فيهلك ثمنه ويؤكل أو يطرح في السجن فيقيم ولا يجد من يطعمه. قال ابن رشد: أما الآباق فسوى في هذه الرواية بينهم وبين ضوال الإبل في أنهم يرسلون إذا عرفوا فلم يعرفوا، وقال في المدونة إنهم يحبسون ثم يباعون، فتحبس أثمانهم لأربابهم ولا يرسلون، فالظاهر أن ذلك اختلاف من القول، وعلى ذلك يحمل الشيوخ، والأولى أن لا يحمل ذلك على الخلاف فيكون الوجه في ذلك أنه إن خشي عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة وأن يتلف ثمنه إن بيع كان إرساله أولى من حبسه على ما قاله في هذه الرواية، وإن لم يخش عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة، ولا يتلف ثمنه إن بيع كان حبسه سنة ثم يبيعه بعد السنة وإمساك ثمنه أولى من إرساله، وموضع الخلاف عند من حملة على الخلاف إنما هو إذا خشي عليه أن يضيع في السجن وأن يتلف ثمنه إذا بيع؛ فمرة رأى أن إرساله أولى لثلا يضيع أو يتلف ثمنه، ومرة رأى أن حبسه وبيعه وإمساك ثمنه أولى لثلا يأبق ثانية، والاختلاف إنما هو بحسب الاجتهاد أي الخوفين أشد، وأما إن لم يخش عليه أن يضيع في السجن ولا أن يتلف ثمنه إذا بيع فلا يرسل لثلا يأبق قولاً واحداً، ولو لم يخش عليه أن يضيع في السجن وخشي على ثمنه أن يضيع لوجب أن يسجن سنة يعرف فيها ثم يسرح، ولا يحبس أكثر منها التي هي حد تعريف اللقطة، ولو لم يخش على ثمنه ضياع وخشي عليه أن سجن لوجب عليه أن يباع ويوقف ثمنه ولا يسجن. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

84

1108 * - في المطبوع يهمل وم 29 والمثبت مياي 60 ويحيى 382 وم 63.

1109 * - في المطبوع فاتته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 83.

نص خليل

وَأَخَذَ نَفَقَتَهُ وَمَضَى بَيْعَهُ وَإِنْ قَالَ رَبُّهُ كُنْتُ أَعْتَقْتُهُ وَلَهُ عِتْقُهُ وَهَبْتُهُ لِغَيْرِ ثَوَابٍ وَتُقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ وَضَمِنَهُ إِنْ أُرْسِلَهُ.

متن الخطاب ص: وأخذ نفقته ش: فاعل أخذ ضمير عائد على المنفق المفهوم من السياق سواء كان الإمام أو غيره. والله أعلم.

ص: ومضى بيعه وإن قال ربه كنت أعتقته ش: قال في المدونة: وإذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الإمام بعد السنة، والعبد قائم فليس له إلا الثمن ولا يرد البيع، ولو قال ربه كنت أعتقته أو دبرته بعد ما أبق أو قبل أن يأبق لم يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة. انتهى. أبو الحسن: قوله بعد السنة. الشيخ: وكذلك إذا باعه قبل السنة لما رأى من وجه المصلحة، وأما على قول سحنون الذي يقول لا يوقف سنة فلا إشكال. انتهى. وقال الرجراجي: أما العتق والتدبير وسائر عقود العتق غير الإيلاد فلا يقبل قوله في نقض العتق إلا ببينة عادلة. انتهى.

تذنيه: قال في المدونة إثر الكلام السابق: ولو كانت أمة فباعها الإمام بعد السنة، ثم جاء سيدها فقال قد كانت ولدت مني، وولدها قائم، فإنها ترد إليه إن كان ممن لا يتهم، وقاله مالك فيمن باع جارية له وولدها ثم استلحق الولد أنه إذا كان ممن لا يتهم على مثلها ردت إليه، ولو قال كنت أعتقتها لم يصدق ولم ترد إليه إلا ببينة؛ قيل فإن لم يكن معها ولد فقال بعد ما باعها كانت ولدت مني. قال: أرى أن ترد إليه إن لم يتهم فيها. انتهى. وقال الرجراجي إثر كلامه المتقدم: فإن ادعى أنها ولدت منه فلا يخلو من أن يكون معها ولد أم لا، فإن كان معها ولد فهل ترد إليه أم لا؟ على قولين منصوصين في المدونة أحدهما أنها ترد إليه، سواء اتهم أو لم يتهم، وهو قول أشهب، والثاني أنها ترد إليه إن لم يتهم، وإن اتهم فيها لم ترد إليه، وهو قول ابن القاسم، فإن لم يكن معها ولد فإن اتهم فيها لم ترد إليه قولاً واحداً، وإن لم يتهم فهل ترد إليه أم لا؟ المذهب على قولين قائمين من المدونة أحدهما أنها لا ترد إليه، وهي رواية أكثر القرويين، وعليه اقتصر الشيخ أبو محمد وابن أبي زمنين والبرادعي، وحكاها ابن حبيب عن ابن القاسم. انتهى.

فائدة: قال عبد الحق: إنما قال في العتق لا يصدق، وفي الاستيلاد يصدق إن لم يتهم فيها من أجل أن العتق سبيله أن يتوثق فيه ويشهد هذه عادة الناس، فلما لم يثبت ذلك اتهم، وولادة الأمة ليس شأن الناس فيه الإشهاد¹¹¹⁰ والاشتهار له،¹¹¹¹ فإذا انتفت التهمة صدق. انتهى. وقوله في المدونة:

"يتهم" قال عياض: يعني بصَبَابَةٍ إليها. انتهى من أبي الحسن. والله أعلم. /

ص: وله عتقه وهبته لغير ثواب ش: أبو الحسن وجميع المعروف فيه جائز. ابن يونس: وهو لازم وكذلك عتقه إلى أجل، فإن جعل الأجل من يوم أبق ثم لم يقدر عليه حتى انقضى الأجل كان حراً. انتهى.

85

الحديث

¹¹¹⁰ - في سيد 13 فيها الإشهاد.
¹¹¹¹ - في يم 63 وما يابى 62 والإشهار له.

نص خليل

إِلَّا لَخَوْفٍ مِنْهُ كَمَنْ اسْتَأْجَرَهُ فِيمَا يَعْطُبُ فِيهِ لَا إِنْ أَبَقَ مِنْهُ وَإِنْ مُرْتَهِنًا وَحَلَفَ وَاسْتَحَقَّهُ سَيِّدُهُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ وَأَخَذَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا دَعَوَاهُ إِنْ صَدَّقَهُ وَلْيُرْفَعْ لِلْإِمَامِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ مُسْتَحَقَّهُ إِنْ لَمْ يُخَفْ ظُلْمُهُ وَإِنْ أَتَى رَجُلٌ بِكِتَابٍ قَاضٍ أَنَّهُ قَدْ شَهِدَ عِنْدِي أَنَّ صَاحِبَ كِتَابِي هَذَا فَلَانُ هَرَبَ مِنْهُ عَبْدٌ وَوَصَفَهُ فَلْيُدْفَعْ إِلَيْهِ بِذَلِكَ.

متن الخطاب

ص: إلا لخوف منه ش: قال الرجراجي: فإن أرسله لعذر كما إذا خاف منه أن يقتله أو يضربه أو يذهب بحوائج بيته ونحو ذلك فقد قال ابن عبد الحكم لا ضمان عليه، وينبغي أن لا يختلف فيما قاله إذا غلب على الظن الخوف بما ظهر من ظواهر حال العبد. ثم قال: وليس شدة النفقة بعذر مسقط عنه الضمان. قاله ابن عبد الحكم. انتهى. والظاهر أن هذا إذا لم يكن رفعه إلى الإمام وإلا فلا يرسله وليرفعه إلى الإمام فتأمله.

ص: لا إن أبق منه وإن مرتهنا وحلف ش: يعني أن العبد إذا أبق من الذي هو في يده فلا ضمان عليه، ثم بالغ فقال وإن كان الذي هو في يده أخذه من ربه على جهة الرهن لكن يحلف، فقوله: "وحلف" راجع إلى مسألة الرهن لأنه إذا أبق منه. -قال الرجراجي-: فلا يخلو من أن يهرب من الدار أو يرسله إلى بعض حوائجه، فإن أبق من داره فإن ظهر ذلك واشتهر قبل قوله بلا يمين قولاً واحداً كان ممن يتهم أم لا، فإن لم يكن إلا دعواه هل يحلف أم لا؟ المذهب على ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يمين عليه، وهو ظاهر المدونة، والثاني أنه يحلف لقد انفلت منه من غير تفريط، وهو قول ابن الماجشون، والثالث إن كان من أهل التهمة حلف وإلا فلا، وإن أرسله في حاجة خفيفة فلا ضمان عليه، وإن أرسله في حاجة يأبق في مثلها فهو ضامن، وهو قول أشهب في كتابه. انتهى. واقتصر ابن يونس على الثاني، فانظره فيه.

ص: وأخذه إن لم يكن إلا دعواه إن صدقه ش: نحو هذا قوله في المدونة: وإن ادعى أن هذا الآبق عبده ولم يقم بينة فإن صدقه العبد دفع إليه. ابن يونس: يريد بعد التلوم ويضمنه إياه. قال أشهب في كتابه بعد أن يحلف مدعيه، ثم إن جاء له طالب لم يأخذه إلا ببينة عادلة وإن أقر له العبد بمثل ما أقر للأول من الرق. انتهى.

تنبيهه: قال الرجراجي: فإن ادعاه يعني الآبق أحد بغير بينة يقيمها فلا يخلو العبد من أن يقر له أم لا فإن أقر له أخذه بعد الاستيناء قولاً واحداً، وإن لم يقر له بالملك فعلى قولين: أحدهما أن يدفع إليه بعد الاستيناء كما لو اعترف به ويضمنه، وهو قول ابن القاسم في المدونة وغيرها، والثاني لا يدفع له، وهو قول أشهب. انتهى. واعلم أن ابن القاسم إنما قال يدفع إليه وإن لم يقر له إذا وصفه ولم يعترف لغيره بالرق، ونصه بعد مسألة كتاب القاضي إلى القاضي: فإن ادعى العبد ووصفه ولم يقم البينة عليه فأرى أنه مثل المتاع ينظر فيه الإمام ويتلوم له، فإن جاء أحد يطلبه وإلا دفعه إليه وضمنه إياه، قيل ولا يلتفت ها هنا إلى العبد إن أنكر أن هذا مولاه إلا أنه مقر أنه عبد لفلان ببلد آخر. قال:

يكتب/ السلطان إلى ذلك الموضع وينظر في قول العبد فإن كان كما قال، وإلا ضمنه هذا وسلمه إليه كالأمتعة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي إن اعترف الآبق لأحد بالرق كان لمن اعترف

86

الحديث

باب أهل القضاء عدلٌ إن وُجد.

نص خليل

متن الخطاب له دون من وصفه قولاً واحداً فإن اعترف لغائب كتب إليه فإن ادعاه كان أحق به، واختلف إذا أنكر العبد هذا المدعي ولم يقر لغيره وهو مقر بالعبودية أو قال أنا حر وهو معروف بالرق هل يكون لمن ادعاه فأما بالصفة؟ فأرى أن يدفع إليه إذا وصفه صفة تخفى وليست ظاهرة. انتهى.

قلت: فمفهوم الشرط في قول المؤلف إن صدقه ليس على إطلاقه، بل وكذلك يدفع إليه وإن لم يصدقه إذا وصفه ولم يقر لغيره أو أقر وأكذبه الغير فتأمله. والله أعلم.

ص: باب القضاء أهل القضاء عدلٌ ش: هذا الباب يترجم بكتاب القضاء وكتاب الأقضية والأقضية جمع قضاء بالمد. قال في القاموس: ويقصر يطلق في اللغة على الحكم ومنه قوله تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾ أي حكم ويطلق على الأمر والإيجاب. قال النووي: قال الواحدي قال عامة المفسرين وأهل اللغة قضى هنا بمعنى أمر، وقال غيره بمعنى أوجب، وقيل وصى وبها قرأ علي وابن مسعود، وروي عن ابن عباس أنه قال التصقت إحدى الواوين بالصاد فصارت قافاً. انتهى. ويطلق على الإلزام كما في قوله تعالى: ﴿فلما قضينا عليه الموت﴾ أي حتمناه وألزمناه به، وهذه المعاني متقاربة، ويطلق القضاء على الفراغ من الشيء كقولهم قضيت حاجتي، وضربه فقضى عليه أي قتله، كأنه فرغ منه وسِمَ قاض أي قاتل، وقضى نحبه أي مات وفرغ من الدنيا، وأصل النحب النذر واستعير للموت لأنه كنذر لازم في رقبة كل حيوان.

قال في الصحاح: وقد يكون القضاء بمعنى الأداء والإنهاء تقول قضيت ديني ومنه قوله تعالى: ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب﴾ وقوله تعالى: ﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾ أي أنهينا به وأبلغناه ذلك، وقال القرافي في قوله تعالى: ﴿ثم اقضوا إلي﴾ أي امضوا إلي، وقد يكون القضاء بمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله سبحانه: ﴿فقضاهن سبع سموات في يومين﴾ ومنه القضاء والقدر، ويقال استقضى فلان إذا صير قاضياً وقضى الأمير قاضياً كما تقول أمر أميراً وانقضى الشيء وتقضى بمعنى، واقضى [1112] دينه وتقضاه بمعنى. انتهى. وقال الأزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقضاء الشيء وتامه. انتهى. هذا معناه من حيث اللغة، وأما معناه عند أهل الشرع فقال ابن رشد وتبعه ابن فرحون حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام، وقال ابن عرفة: القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين. فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة، وقول بعضهم هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره. انتهى.

قلت: وأعلم أن القضاء في اصطلاح الفقهاء يطلق على الصفة المذكورة كما في قولهم ولي القضاء أي حصلت له الصفة المذكورة، ويطلق على الإخبار المذكور كما في قولهم قضى القاضي بكذا، وقولهم قضاء القاضي حق أو باطل غير أن في تعريف ابن رشد مسامحة من وجوه: الأول ذكر لفظ الإخبار فإنه يوهم أن المراد به الإخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء، وليس ذلك بمراد، وإنما المراد به أمر

الحديث

متن الخطاب

القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام. الثاني أنه يدخل فيه حكم الحكمين في جزاء الصيد وفي شقاق الزوجين وحكم المحكم في التحكيم، ومنها أنه يدخل فيه حكم المحتسب والوالي وغيرهما من أهل الولايات الشرعية إذا حكموا بالوجه الشرعي، / وقول ابن عرفة إن التحكيم يخرج من تعريفه لم يظهر لي وجه خروجه، فإن المحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها وما في معناها مما لا يتعلق بغير الحكمين، ولا يحكم في القصاص واللعان والطلاق والعناق لتعلق الحق في ذلك بغيرهما. قالوا: فإن حكم فيها بغير جور نفذ حكمه، والظاهر أن التعديل والتجريح كذلك فتأمله. والله أعلم. فائدة: قال ابن عرفة: حال الفقيه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط، وحال القاضي والمفتي كحال عالم [بها¹¹¹³] مع علمه بصغراه، ولا خفاء أن العلم بهما أشق [وأخص¹¹¹⁴] من العلم بالكبرى فقط، وأيضاً فإن فقه القضاء والفتيا مبنيان على أعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها، فيلغى [طريدها¹¹¹⁵] ويعمل معتبرها. انتهى. وأصله لابن عبد السلام، ونقله في التوضيح.

قال ابن عبد السلام: وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه ولكنه متميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفاً بفصل القضاء وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه كما أن علم الفرائض كذلك، وكما أن علم التصريف من علم العربية وأكثر أهل زماننا لا يحسنونه وقد يحسنه من هو دونهم في بقية العربية، ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه، وإنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الوقائع بين الناس، وهو عسير على كثير من الناس، فتجد الرجل يحفظ كثيراً من العلم ويفهم ويعلم غيره، فإذا سئل عن واقعة ببعض العوام من مسائل الصلاة أو من مسائل الإيمان لا يحسن الجواب، بل لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر، وللشيوخ في ذلك حكايات نبه ابن سهل في أول كتابه على بعضها. انتهى. ومنها ما قال البساطي في شرح قول المؤلف: "فطن" وبعصرنا الآن شخص يتعاطى الدقة في العلم وينهى عن جزئية فيتجنبها بشخصها، ثم يقع في أخرى مثلها، فإذا قيل له هذه مثل تلك تجنبها ويقع في ثالثة وعلى ذلك. انتهى. وأعلم أن صفات القاضي المطلوبة فيه على ثلاثة أقسام: الأول شرط في صحة التولية وعدمه يوجب الفسخ، والثاني ما يقتضي عدمه الفسخ وإن لم يكن شرطاً في صحة التولية. الثالث مستحب وليس بشرط، فأشار المؤلف إلى الأول بقوله:

أهل القضاء عدل إلى قوله وإلا فأمثل مقلد وإلى الثاني بقوله ونفذ حكم أعمى إلى قوله ووجب عزله وإلى الثالث بقوله كورع إلى آخره والله أعلم وشمل قوله: "عدل" الحر المسلم العاقل البالغ بلا فسق كما سيذكره في باب الشهادة. قال القرطبي في شرح مسلم في كتاب الإمارة: وقد

1113 - في المطبوع بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 87 ويحيى ص 38 و م ص 30 وما يابى 63.

1114 - في المطبوع أخصر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 87 ويحيى ص 38 و م ص 30 ويم ص 36 وما يابى 63.

1115 - في المطبوع طردها وما يابى 64 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 87 و م 30.

متن الخطاب

نص أصحاب مالك على أن القاضي لا بد أن يكون حراً، وأمير الجيش والحرب في معناه، فإنها مناصب دينية يتعلق بها تنفيذ أحكام شرعية فلا يصلح لها العبد؛ لأنه ناقص بالرق محجور عليه لا يستقل بنفسه ومسلوب أهلية الشهادة والتنفيذ، ولا يصلح للقضاء ولا للإمارة، وأظن جمهور علماء المسلمين على ذلك. انتهى. والظاهر من كلام المؤلف جواز ولاية المعتق. قال ابن عرفة: وهو المعروف، وعزاه ابن عبد السلام للجمهور قالوا: ومنعه سحنون خوفاً من استحقاقه، فيجب رده إلى الرق ويفضي ذلك إلى رد أحكامه. والله أعلم. وظاهر كلامه أيضاً أن ولاية الفاسق لا تصح، ولا ينفذ حكمه، وافق الحق أم لم يوافق، وهو المشهور كما صرح به في توضيحه، وقاله في التنبهات، ونقله ابن فرحون وغيره، وقال أصبغ: الفسق موجب للعزل، ولا يجوز أن يولى الفاسق، ويمضي من أحكامه ما وافق الحق. انتهى من التوضيح بالمعنى. وقال في العمدة: وهل ينزل بفسقه أم يجب عزله؟ قولان. انتهى. ص: ذكر ش: قال في التوضيح: وروى ابن أبي مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة. قال ابن عرفة: قال ابن زرقون أظنه فيما تجوز فيه شهادتها. قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل لاحتمال أن يكون ابن القاسم/ قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها القضاء مطلقاً.

88

قلت: الأظهر قول ابن زرقون؛ لأن ابن عبد السلام قال في الرد على من شذ من المتكلمين وقال الفسق لا ينافي القضاء ما نصه: وهذا ضعيف جداً لأن العدالة شرط في قبول الشهادة والقضاء أعظم حرمة منها. قلت: فجعل ما هو مناف للشهادة [منافياً¹¹¹⁶] للقضاء، فكما أن النكاح والطلاق والعقود والحدود لا تقبل فيها شهادتها فكذلك لا يصح فيها قضاؤها. انتهى.

ص: فطن ش: قال ابن عبد السلام: والمراد من الفطنة بحيث لا يستزل في رأيه ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم. انتهى. قال في التوضيح: وهذا الشرط لم يقع في كل نسخ ابن الحاجب وكلام الطرطوشي يدل على اشتراطه. انتهى. وجعل ابن رشد في المقدمات الفطنة من الصفات المستحبة فقال: وأن يكون فطنا غير مخدوع لعقله. انتهى. وكذا جعله ابن فرحون من الصفات المستحبة، وقال ابن عرفة: وعد ابن الحاجب كونه فطنا من القسم الأول، وهو ظاهر كلام الطرطوشي لا يكتفي بالعقل التكليفي، بل لا بد أن يكون بين الفطنة بعيداً من الغفلة، وعده ابن رشد وابن شاس من الصفات المستحبة غير الواجبة، والحق أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل من القسم الأول، والفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحبة، فعلى هذا طريقة ابن رشد أنسب؛ لأن فطنا من أبنية المبالغة كحذر، والمبالغة فيها مستحبة. انتهى. فلو قال المؤلف: "ذا فطنة" لكان أحسن. والله أعلم.

لطيفة: قال المشذالي في حاشية المدونة: روي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بالبصرة عدي بن أرطاة أن اجمع بين إياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فول القضاء أنفذهما، فجمع عدي بينهما وقال لهما ما عهد به عمر إليه، فقال له إياس سل عني وعن القاسم فقيهي البصرة الحسن وابن سيرين،

الحديث

¹¹¹⁶ * -علق عليها الشيخ محمد سالم ب في جميع النسخ (مناف) والصواب منافيا وهو الذي في ابن عرفة ص 400 مخطوط بمكتبة أحمد سالك بن أبوه.

مُجْتَهِدٌ إِنْ وُجِدَ وَإِلَّا فَاُمْتَلِ مُقْلَدٌ وَزَيْدٌ لِلْإِمَامِ الْأَعْظَمِ قُرْشِيٌّ.

نص خليل

وكان القاسم يأتي الحسن وابن سيرين، وإياس لا يأتيهما، فعلم القاسم أنه إن سألهما أشارا به، فقال له القاسم: لا تسأل عني ولا عنه، فوالله الذي لا إله إلا هو إن إياساً أفقه مني وأعلم بالقضاء، فإن كنت كاذباً فما عليك أن توليني وأنا كاذب، وإن كنت صادقاً فينبغي لك أن تقبل قولي، فقال له إياس إنك جئت برجل وأوقفته على شفا جهنم فنجى نفسه منها بيمين كاذبة فيستغفر الله منها وينجو مما يخاف، فقال له عدي: أما إنك إذ فهمتها فأنت لها فاستقضاه. انتهى.

متن الخطاب

ص: مجتهد إن وجد وإلا فأمثل مقلد ش: يشير إلى أن القاضي يشترط فيه أن يكون عالماً، وجعل ابن رشد العلم من الصفات المستحبة، وقال ابن عبد السلام والمشهور أنه من القسم الأول. انتهى. وكذا عده صاحب الجواهر والقرافي من القسم الأول، وعليه عامة أهل المذهب، وعليه/ فلا تصح تولية الجاهل ويجب عزله وأحكامه مردودة ما وافق الحق منها وما لم يوافق وسيرح المؤلف بأنها مردودة ما لم يشاور. والله أعلم. ثم إنه إذا وجد مجتهد وجب توليته، ولا يجوز لغيره أن يتولى. قال في الذخيرة عن ابن العربي: ونقله ابن فرحون فإن تقلد مع وجود المجتهد فهو متعدد جائز. انتهى. فظاهر كلام ابن العربي أن الاجتهاد إذا وجد ليس بشرط، لا كما تعطيه عبارة المؤلف من أنه شرط يقتضي عدم صحة التولية، بل الشرط العلم، وأما الاجتهاد إذا وجد فلا يجوز العدول عن صاحبه فقط فتأمل.

89

وقال ابن عرفة: وجعل ابن مرزوق كونه عالماً من القسم المستحب، وكذا ابن رشد إلا أنه عبر عنه بأن يكون عالماً يسوغ له الاجتهاد، وقال عياض وابن العربي والمازري يشترط كونه عالماً مجتهداً أو مقلداً إن فقد المجتهد كشرط كونه مسلماً حراً. ثم قال ابن العربي: قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد، ومع عدم المجتهد جائز. ثم قال: ففي صحة تولية المقلد مع وجود المجتهد قولان لابن زرقون مع ابن رشد وعياض مع ابن العربي والمازري قائلًا هو محكي أثمتنا عن المذهب ومع فقدته جائز ومع وجود المجتهد أولاً اتفاقاً¹¹¹⁷ فيهما. انتهى. وانظر كيف عزا لابن العربي عدم صحة ولاية المقلد مع وجود المجتهد، مع أنه نقل قبل هذا قوله قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد إلا أن يكون فهم من قوله: "جور وتعد" أنها لا تصح فيصح كلامه، إلا أن الذي يتبادر للفهم من قوله: "جور وتعد" أنها تصح إلا أنه متعدد فقط، وعلى ما فهمه ابن عرفة فيسقط الاعتراض السابق على المؤلف، ولعل المؤلف فهمه على ذلك، فعلم من هذا أن كلام المؤلف ماش على ما عزاه ابن عرفة لعياض والمازري وابن العربي. والله أعلم. وقول المؤلف: "أمثل مقلد" يشير به إلى قول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد، إلا أنه ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه، ويعلم منه ما هو أجرى على أصل امامه مما ليس كذلك، وأما إن لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم هل يجوز توليته القضاء أو لا؟ وهذه المسألة مفرعة على جواز تقليد الميت. انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا: قلت: قوله اختلاف في جواز توليته إن أراد مع وجود ذي الرتبة الأولى فصحيح،

الحديث

وإن أراد مع فقدته فظاهر أقوالهم صحة توليته خوف تعطيل الحكم بين الناس دون خلاف في ذلك. انتهى. وقال ابن عبد السلام: على جواز تقليد الميت نقل ابن عرفة عن أهل الأصول انعقاد الإجماع على جواز تقليد الميت، وسيأتي بعد هذا وكلام القرافي في أول الباب الثاني من كتاب القضاء يؤذن بصحة ولاية هذا الذي قال ابن عبد السلام: إن فيه اختلافا فراجع. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قول المؤلف: "مجتهد أن وجد" قال البساطي: يقتضى أنه ممكن، فإن عني به أنه مجتهد في مذهب مالك فقد يدعي أنه ممكن، وإن أراد المجتهد في الأدلة فهذا غير ممكن وقول بعض الناس إن المازري وصل إلى رتبة الاجتهاد كلام غير محقق لأن الاجتهاد مبدؤه صحة الحديث عنده، وهو غير ممكن ولا بد فيه من التقليد، وقول الشيخ محي الدين النووي إنه ممكن كالكلام المتقدم. انتهى. وتأمل كلامه هذا فإنه يقتضي أن الاجتهاد غير ممكن، والخلاف بين علماء الأصول إنما هو هل يمكن خلو الزمان عن مجتهد أم لا؟ وكلام ابن عبد السلام يشهد لإمكانه لقوله وما أظنه انقطع بجهة المشرق فقد كان منهم من ينسب إلى ذلك ممن هو في حياة أسيافنا وأسيافنا مواد الاجتهاد في زماننا أيسر منها في زمان المتقدمين لو أراد الله بنا الهداية، ولكن لا بد من قبض العلم بقبض العلماء كما أخبر به الصادق صلوات الله عليه¹. انتهى. ونحوه في التوضيح، وزاد لأن الأحاديث والتفاسير قد دونت وكان الرجل يرحل في سماع الحديث الواحد، فإن قيل يحتاج المجتهد إلى أن يكون عالما بمواضع الإجماع والخلاف، وهو متعذر في زماننا لكثرة المذاهب وتشعبها؟ قيل يكفي أن يعلم أن المسألة ليست مجمعا عليها؛ لأن المقصود أن يحترز من مخالفة الإجماع وذلك ممكن انتهى. وقول البساطي لا بد في صحة الحديث من التقليد لا يلزم منه عدم إمكان المجتهد؛ لأن التقليد في صحة الحديث لا يقدح في الاجتهاد فتأمل. والله أعلم.

وقال ابن عرفة: وما أشار إليه ابن عبد السلام من يسر الاجتهاد هو ما سمعته يحكيه عن بعض الأسياف أن قراءة مثل هذه الجزولية والمعالن الفقهية والاطلاع على أحاديث الأحكام الكبرى لعبد الحق ونحو ذلك يكفي في تحصيل أدلة الاجتهاد؛ يريد مع يسر الاطلاع على فهم مشكل اللغة بمختصر العين والصالح للجوهري ونحو ذلك من غريب الحديث، ولا سيما مع نظر ابن القطان وتحقيقه أحاديث الأحكام وبلوغ درجة الإمامة أو ما قاربها في العلوم المذكورة غير مشروط [في¹¹¹⁸] الاجتهاد إجماعا، وقال الفخر في المحصول، وتبعه السراج في تحصيله والتاج في حاصله في كتاب الإجماع ما نصه: ولو بقي من المجتهدين والعياذ بالله واحد كان قوله حجة فاستعاذتهم تدل على بقاء الاجتهاد في [عصرهم¹¹¹⁹] والفخر توفي سنة ست وستمئة، [ولكن في الاستغناء¹¹²⁰] انعقد الإجماع في زماننا على تقليد الميت إذ لا مجتهد فيه. انتهى.

1- عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من العباد ولكن يقبض العلم بقبض العلماء حتى إذا لم يبق عالما اتخذ الناس رؤوسا جهالا ففسلوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا. البخاري، رقم الحديث 100، ومسلم، رقم الحديث 2673.

¹¹¹⁸ - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 ويحيى ص 40 و م ص 31 ويم ص 40 وما يابى 66.

¹¹¹⁹ - في المطبوع و م ص 31 عصرهما وما يابى 66 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 ويحيى ص 40.

¹¹²⁰ * - في المطبوع ولكن قالوا في كتاب الاستغناء وما بين المعقوفين من عيش على خليل ج 8 ص 262.

الثاني: بقي على المؤلف شرط آخر وهو أن يكون القاضي واحدا نص عليه في المقدمات، ونصه: فأما الخصال المشتركة في صحة الولاية فهي أن يكون حرا مسلما عاقلا بالغاً ذكراً واحداً، فهذه الست الخصال لا يصلح أن يولى القضاء على مذهبنا إلا من اجتمعت فيه، فإن ولي من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية، وإن انخرم شيء منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية. انتهى. ثم ذكر العدالة، وقال [إنها¹¹²¹] من هذا القسم على المشهور، وإنما أخرها لأن فيه خلافاً،¹¹²² وأما العلم والفطنة فعدهما من الصفات المستحبة كما تقدم، وممن نقل هذا الشرط ابن شاس والقرافي واستوفى ابن غازي الكلام عليه عند قول المؤلف وجاز تعدد مستقل. والله أعلم.

متن الخطاب

الثالث: قال في المقدمات: يجب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبه وإن اجتمعت فيه شرائط القضاء، مخافة أن يوكل إليه فلا يقوم به. انتهى. ويريد إلا أن يتعين عليه فيجب عليه حينئذ السؤال وهذا في السؤال بغير بذل مال فكيف مع بذل المال؟ نسأل الله العافية والسلامة، والظاهر أنه إذا طلب فولي لا يجب عزله إذا كان جامعاً لشروط القضاء. والله أعلم. فهذه المسألة مع مسألة تولية المقلد مع وجود المجتهد قسم رابع، فإنه لا تجوز التولية أولاً، فإذا ولي لا ينعزل، وقال القرطبي في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {لا تسأل الإمارة¹} هو نهى وظهره التحريم وعليه يدل قوله بعد {إننا لا نولي على عملنا من أراده²} انتهى. والله أعلم.

الرابع: قال البرزلي في مسائل الأقضية عن السيوري: إذا [تخرج¹¹²³] الناس لعدم القضاة أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية في جميع ما وصفته، وفي جميع الأشياء، فيجتمع أهل الدين والفضل فيقومون مقام القاضي مع فقده في ضرب الآجال والطلاق وغير ذلك.

قلت: تقدم أن الجماعة تقوم مقام القاضي مع فقده إلا في مسائل تقدم شيء منها. انتهى. انظر المشدالي في كتاب الاجتهاد فإنه ذكر أن الجماعة تقوم مقام القاضي في مسائل، وذكر ذلك أيضاً في كتاب الصلح، وذكره البرزلي في كتاب السلم، وقد ذكرت كلام المشدالي في باب النفقات في الطلاق على الغائب بالنفقة. والله أعلم.

1 - مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، رقم الحديث 1652، ط. دار إحياء التراث العربي، ولفظه يا عبد الرحمن بن سمره لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها وإذا خلقت على يمين فأريت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك وأنت الذي هو خير، وأخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، رقم الحديث 7146.

2 - البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، ط. دار الفجر، ولفظه عن أبي موسى رضي الله عنه قال دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلان من قومي فقال أحد الرجلين أمرنا يا رسول الله وقال الآخر مثله فقال إننا لا نولي هذا من سألته ولا من حرص عليه رقم الحديث 7149.

- مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، رقم الحديث 1824، ط. دار إحياء التراث العربي، ولفظه عن أبي موسى قال دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلان من بني عمي فقال أحد الرجلين يا رسول الله أمرنا على بعض ما ولاك الله عز وجل وقال الآخر مثل ذلك فقال إننا والله لا نولي على هذا العمل أحداً سألته ولا أحداً حرص عليه.

1121 - في المطبوع إنه وميأبى 67 وم 66 وم 31 والمثبت يحيى 386.

1122 - في يحيى 386 لان فيها خلافاً.

1123 - في المطبوع تجرح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 ويحيى ص 40 و يم ص 40 وميأبى 67.

نص خليل
فَحَكَمَ يَقُولُ مُقْلِدِهِ.

الخامس: قال في الذخيرة في الباب الثالث من كتاب الأقضية في الكلام على ولاية الظالم: نص ابن أبي زيد في النوادر على أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لثلا تضييع المصالح، وما أظنه يخالفه أحد في هذا، لأن التكليف مشروط بالإمكان/ وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في أحكام المظالم.¹¹²⁴ انتهى.

91

ص: فحكم بقول مقلده ش: قال ابن فرحون: فصل يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه، وذكر عن المازري رحمه الله أنه بلغ درجة الاجتهاد، وما أفتى قط بغير المشهور، وعاش ثلاثا وثمانين سنة وكفى به قدوة في هذا، فإن لم يقف على المشهور من القولين أو الروايتين فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير نظر وترجيح، فقد قال [أبو عمر¹¹²⁵] ابن الصلاح رحمه الله [تعالى¹¹²⁶] في كتاب أدب المفتي والمستفتي: اعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو علمه موافقا لقول أو وجه في المسألة أو يعمل بما شاء من الأقوال والوجوه من غير نظر في الترجيح فقد جهل وخرق الإجماع وسبيله سبيل الذي حكى [عنه¹¹²⁷] أبو الوليد الباجي [المالكي من¹¹²⁸] فقهاء أصحابه أنه كان يقول: [إن¹¹²⁹] الذي لصديقي علي إذا وقعت له حكومة أن أفتيه بالرواية التي توافقه، وحكى الباجي عن يثق به أنه وقعت له واقعة فأفتى فيها وهو غائب [جماعة¹¹³⁰] من فقهاءهم يعني [فقهاء¹¹³¹] المالكية من أهل الصلاح بما يضره، فلما عاد سألهم فقالوا ما علمنا أنها لك وأفتوه بالرواية الأخرى التي [توافق قصده¹¹³²] قال الباجي: وهذا [مما¹¹³³] لا خلاف فيه بين

الحديث

1124 * - في يم 66 ويحيى 386 في إحكام الظالم.

1125 - سقط من المطبوع وما يابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 هذا ما وجد في ابن الصلاح في كتاب أدب المفتي والمستفتي ج 1 ص 63.

1126 - سقط من المطبوع وما يابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1127 - سقط من المطبوع وما يابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1128 - سقط من المطبوع وما يابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1129 - سقط من المطبوع وما يابى 67 ويم ص 406 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1130 - سقط من المطبوع وما يابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1131 - سقط من المطبوع وما يابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1132 - في المطبوع توافقه وما يابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1133 - سقط من المطبوع وما يابى 67 ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

المسلمين ممن يعتقد به في الإجماع أنه لا يجوز، وقال ابن الصلاح: فإذا وجد من ليس أهلا للتخريج والترجيح اختلافا بين أئمة المذهب في الأصح من القولين أو الوجهين، فينبغي أن يفزع في الترجيح إلى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بأرائهم فيعمل بقول [الأكثر]¹¹³⁴ والأورع والأعلم، فإذا اختص أحدهم بصفة أخرى قدم الذي هو أخرى منهما بالإصابة، فالأعلم الورع مقدم على الأورع العالم، وكذا إذا وجد قولين أو وجهين لم يبلغه عن أحد من أئمة المذهب بيان الأصح منهما اعتبر أوصاف ناقليهما أو قائلتهما.

متن الخطاب

قال ابن فرحون: وهذا الحكم جار في أصحاب المذاهب الأربعة ومقلديهم، وقال بعده بأسطر يسيرة: وهذه الأنواع من الترجيح معتبرة أيضا بالنسبة إلى أئمة المذهب. قال ابن أبي زيد في أول النودار إن كتابه اشتمل على كثير من اختلاف المالكيين قال: ولا ينبغي الاختيار من الاختلاف للمتعلم ولا للمقصر، ومن لم يكن فيه محل لاختيار القول فله في اختيار [المتعصبين]¹¹³⁵ من أصحابنا من نقادهم مقنع مثل سحنون وأصبغ وعيسى بن دينار، ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون، وابن المواز أكثرهم تكلفا للاختيارات، وابن حبيب لا يبلغ في اختياراته وقوة رواياته مبلغ من ذكرنا. انتهى كلام ابن فرحون. ثم نقل عن القرافي في كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ما نصه: الحاكم إن كان مجتهدا لم يجز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلدا جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه، وأن يحكم به وإن لم يكن راجحا عنده مقلدا في رجحان القول المحكوم به إمامه.

وأما اتباع الهوى في القضاء والفتيا فحرام إجماعا، نعم اختلف العلماء إذا تعارضت الأدلة عند المجتهد وتساوت وعجز عن الترجيح هل يتساقطان، أو يختار أحدهما يفتي به؟ قولان للعلماء، فعلى أنه يختار للفتيا فله أن يختار أحدهما يحكم به مع أنه ليس براجح عنده وهذا مقتضى الفقه والقواعد، وعلى هذا التقدير فيتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعا للهوى، بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوي، أما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فخلاف الإجماع، وقال أيضا في أول هذا الكتاب إن للحاكم أن يحكم بأحد القولين المتساويين من غير ترجيح ولا معرفة بأدلة القولين إجماعا. فتأمل هذا مع ما سبق من كلامه في قوله بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح. انتهى كلام ابن فرحون. فتحصل منه أنه إذا تساوى القولان من كل وجه أو عجز عن الاطلاع على أوجه الترجيح فله أن يحكم أو يفتي بأحد القولين، ومن ابن فرحون أيضا: واعلم أنه لا يجوز للمفتي أن يتساهل في/ الفتوى، ومن عرف بذلك لم يجز أن يستفتي، والتساهل قد يكون بأن لا يثبت ويسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقه من النظر والفكر، وربما يحمله على ذلك توهمه أن الإسراع براءة والإبطاء عجز، ولأن يبطل ولا يخطئ أجمل به من أن يعجل فيضل ويضل، وقد يكون تساهله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحذورة أو المكروهة بالتمسك بالشبه

1134 - في المطبوع وما يابى 67 الأكثر ويم ص 40 و م ص 32 ويحيى ص 40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 انظر المصدر السابق.

1135 - في المطبوع المفتين وما بين المعقوفين من ن عدود وأصل الكلام في النودار ج 1 ص 11 ووردت فيه المتعقبين.

متن الخطاب طلبا للحرص على من يروم نفعه، أو التغليظ على من يروم ضرره. قال ابن الصلاح: ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه. قال: وأما إذا صح قصد المفتي واحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر إلى مفسدة ليخلص بها [المستفتي¹¹³⁶] من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل، وقال القرافي: إذا كان في المسألة قولان أحدهما فيه تشديد والآخر فيه تسهيل، فلا ينبغي للمفتي أن يفتي العامة بالتشديد والخواص وولاية الأمور بالتخفيف، وذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين والتلاعب بالمسلمين، وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه وعمارته باللعب وحب الرياسة والتقرب إلى الخلق دون الخالق نعوذ بالله من صفات الغافلين والحاكم كالمفتي في هذا. انتهى.

فروع: الأول: ما تقدم عن القرافي إنما هو إذا وجد في النازلة نصا، فأما إن لم يجد فنقل في التوضيح عند قول ابن الحاجب: فيلزمه المصير إلى قول مقلده عن ابن العربي ما نصه: ويقضي حينئذ بفتوى مقلده بنص النازلة فإن قاس على قوله أو قال يجيء من كذا كذا فهو متعد. خليل: وفيه نظر، والأقرب جوازه للمطلع على مدارك إمامه. انتهى.

وقال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن العربي: قلت: يرد كلامه بأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام؛ لأن الفرض عدم المجتهد؛ لامتناع تولية المقلد مع وجوده، فإذا كان حكم النازلة غير منصوص عليه ولم يجز للمقلد المولى القياس على قول مقلده في نازلة أخرى تعطلت الأحكام، وبأنه خلاف عمل متقدمي أهل المذهب كابن القاسم في المدونة في قياسه على أقوال مالك، ومتأخريهم كاللخمي وابن رشد والتونسي والباجي وغير واحد من أهل المذهب، بل من تأمل كلام ابن رشد وجده يعد اختياراته بتخريجاته في تحصيله الأقوال أقوالا. انتهى.

وقد عد هو - أعني ابن عرفة - فتوى ابن عبد الرؤوف وابن السباق وابن دحون ونحوهم أقوالا ذكر ذلك في السلم في شرط كونه يتعلق بالذم، ونقل لابن الطلاع قولاً في المذهب نقله في غسل الوجه في الوضوء وجعله مقابلا لقول ابن القصار، وكان الشيخ [خليل¹¹³⁷] وابن عرفة لم يقفا على كلام القرافي في الذخيرة وبحثه مع ابن العربي، ونصه بعد أن ذكر كلام ابن العربي: تنبيه: قوله فإن قاس على قوله فهو متعد قال العلماء المقلد قسما؛ محيط بأصول مذهب مقلده وقواعده بحيث تكون نسبته إلى مذهبه كنسبة المجتهد المطلق إلى أصول الشريعة وقواعدها فهذا يجوز له التخريج والقياس بشرائطه كما جاز للمجتهد المطلق، وغير محيط فلا يجوز له التخريج؛ لأنه كالعامي بالنسبة إلى حملة الشريعة فينبغي أن يحمل قوله على القسم الثاني فيتجه وإلا فمشكل. انتهى من الباب الثاني.

وقال في الباب الخامس: المقلد له حالان تارة يحيط بقواعد مذهبه فيجوز له تخريج غير المنصوص على المنصوص بشرط تعذر الفرق ومع إمكانه يمتنع؛ لأن نسبته إلى إمامه وقواعده كنسبة المجتهد المطلق إلى صاحب الشريعة وشريعته حكما، فكما للمجتهد المطلق التخريج عند عدم الفارق ويمتنع عند الفارق فكذلك هذا المقلد، وتارة لا يحيط بقواعد مذهبه فلا يجوز له التخريج، وإن بعد الفارق لاحتمال أنه لو اطلع على قواعد مذهبه لأوجب له الاطلاع الفرق، ونسبته إلى مذهبه كنسبة من دون المجتهد المطلق إلى [جملة¹¹³⁸] الشريعة، فكما يحرم على

1136 - في المطبوع المفتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 92 ويحيى ص 41 ويم ص 41 و م ص 32 وما يابى 68.

1137 - في المطبوع ويم 67 ويحيى 387 وم 32 خليل وما بين المعقوفين من ن ز. ص 92

1138 - في المطبوع حملة وما بين المعقوفين من م 32 ويم 67 وما يابى 69.

المقلد التخريج فيما ليس مذهب العلماء ويحرم عليه اتباع الأدلة ويجب عليه أن لا يعمل إلا بقول عالم، وإن لم يظهر له دليله لقصوره عن رتبة الاجتهاد فكذا هذا، وهو المراد بما تقدم في شروط القضاء أنه لا يخرج ولا يحكم إلا بالمنصوص فافهم هذا [التحرير¹¹³⁹] فإنه يطرد في الفتيا أيضا. انتهى.

وقال ابن رشد في أجوبته في جواب سؤال سئل عنه: والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذا كان ملتزما للمذهب المالكي وليس في نظره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول؛ لأنه لا يكون للمذهب المالكي إلا بما بان له من صحة أصوله، فسييل هذا القاضي فيما يمر به من نوازل الأحكام التي لا نص عنده فيها من قول مالك أو قول بعض أصحابه [الذي¹¹⁴⁰] قد بان له [صحته¹¹⁴¹] أن لا يقضي فيها إلا بفتوى من يسوغ له الاجتهاد ويعرف وجه القياس إن وجده في بلده وإلا طلبه في غير بلده، فإن قضى فيه برأيه ولا رأي له أو برأي من لا رأي له كان حكمه موقوفا على النظر، ويأمر الإمام القاضي إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ولا كان في بلده من يسوغ له الاجتهاد [أن¹¹⁴²] لا يقضي فيما سبيله الاجتهاد إلا بعد مشورة من يسوغ له الاجتهاد. انتهى.

وسياتي كلامه على الطائفة التي أحال عليها في الكلام على المفتي، وقال ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد فيلزمه المصير إلى قول مقلده، وقيل لا يلزمه، وقيل لا يجوز له إلا باجتهاده. قال ابن عبد السلام: يعني إن ولي مقلد لعدم المجتهد فهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه أو لا يلزمه ذلك، والأصل عدم اللزوم، وهو الأقرب إلى عادة المتقدمين فإنهم ما كانوا يحجرون على العوام اتباع عالم واحد ولا يأمرهم من سأل أحدهم عن مسألة أن لا يسأل غيره، لكن الأولى عندي في حق القاضي لزوم طريقة واحدة، وأنه إذا قلد إماما لا يعدل عنه لغيره لأن ذلك يؤدي إلى اتهامه بالميل مع أحد الخصمين ولما جاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين. انتهى.

قال ابن عرفة إثر نقله له: قلت: حملة كلام المؤلف على أن في لزوم المقلد اتباع قول إمامه وجواز انتقاله عنه إلى قول غيره قولين فيه نظر؛ لأن القولين على هذا الوجه ليسا بموجودين في المذهب فيما أدركت، والصواب تفسير القولين بما قدمناه من قول ابن العربي بنص قول مقلده، فإن قاس عليه أو قال يجيء من كذا فهو متعدد بقول التونسي واللمخي وابن رشد والبايجي وأكثر الشيوخ بالتخريج من قول مالك وابن القاسم وغيرهما حسبما قدمناه عنهم. انتهى. بل في نظره نظر ولا أرجحية لحملة؛ لأن القولين اللذين فسر ابن عبد السلام بهما كلام ابن الحاجب موجودان، أما الأول فبقول ابن العربي يحكم بفتوى مقلده بنص النازلة، والثاني حكاها في الجواهر عن الطرطوشي، ونصه: ولا يلزم أحدا من

1139 - في المطبوع التخريج (وما يابى 69 التجريد) و(م33 التحذير) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 93 ويحيى 41.

1140 - في المطبوع التي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1141 - في المطبوع وما يابى 69 صحة وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 93 ويحيى ص 41 ويم ص 41.

1142 - في المطبوع وما يابى 69 لا يقضي ويحيى ص 41 ويم ص 41 و م ص 33 لا يقضي وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 93.

المسلمين أن يقلد في النوازل والأحكام من يعتزى إلى مذهبه فمن كان مالكيًا لم يلزمه المصير في أحكامه إلى قول مالك، وهكذا القول في سائر المذاهب بل أينما أداه اجتهاده من الأحكام صار إليه، فإن شرط على القاضي أن يحكم بمذهب إمام معين فالعقد صحيح والشرط باطل كان موافقا لمذهب المشتري أو مخالفا له. انتهى من التوضيح. وانظر هذا مع ما نقله ابن فرحون في تبصرته في الباب الرابع من القسم الأول فإنه نقل عن الطرطوشي أن العقد باطل والشرط باطل. انتهى. فتأمل. ثم قال ابن عبد السلام: وقوله وقيل لا يجوز إلا باجتهاده؛ يعني أنه لا يجوز تولية المقلد ألبتة ويرى هذا القائل أن رتبة الاجتهاد موجودة لزمن انقطاع العلم كما أخبر به صلى الله عليه وسلم، وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ.

متن الخطاب

قال ابن عرفة: حمله على عدم تولية المقلد مطلقا هو ظاهر لفظه، وقبوله إياه يقتضي وجوده في المذهب، ولا أعرفه في المذهب إلا ما حكاه المازري عن الباجي في تعليقه منع تولية قاضيين لا ينفذ حكم أحدهما دون الآخر، فإن ذلك يوجب التعطيل؛ لأن غالب المجتهدين الخلاف، والمقلدان توليتهما ممنوعة. كذا نقل المازري عن الباجي، ولم أجده له في المنتقى ولا في كتاب ابن زرقون. انتهى. ثم ذكر ما نقلناه عنه أولا وهو قوله وما أشار إليه من يسر الاجتهاد إلى آخره. ثم قال: والأظهر تفسير كلام ابن الحاجب بجعل الضمير المخفوض في قوله: "باجتهاده" عائدا على "مقلده" بفتح اللام، ومعناه أنه يجوز للقاضي المقلد لملك مثلا في المسألة التي لا نص فيها أن يجتهد فيها باجتهاد إمامه؛ أي بقواعده المعروفة له في طرق الأحكام الكلية كقاعده في تقديم عمل أهل المدينة على خبر الواحد العدل وعلى القياس، وكقوله بسد الذرائع إلى غير ذلك من قواعده المخصوصة به في أصول الفقه، ولا يجوز له أن يجتهد في القياس على قوله اجتهادا مطلقا من غير مراعاة قواعده الخاصة به، فيتحصل من نقل ابن الحاجب في اجتهاد المقلد فيما لا نص لمقلده فيه ثلاثة أقوال: المنع مطلقا، وهو نص ابن العربي، وهو ظاهر ما تقدم من نقل الباجي، ولا يفتي إلا من هذه صفته إلا أن يخبر بشيء سمعه.

94

والثاني جواز القياس مطلقا من غير مراعاة قواعده الخاصة به وهو قول اللخمي وفعله، ولذا قال عياض في مداركه [اختيارات خرج¹¹⁴³] بكثير منها عن المذهب. الثالث جواز اجتهاده بعد مراعاة قواعد إمامه الخاصة به، وهذا هو مسلك ابن رشد والمازري والتونسي وأكثر الإفريقيين الأندلسيين، وأما الملازمة في قوله: "وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ" ففي صدقها نظر؛ لأن تقديرها إن خلا الزمان عن مجتهد اجتمعت الأمة على الخطأ، وهذه مصادرة؛ لأنه لا يلزم كونها مخطئة إلا إذا ثبت عدم الاكتفاء بالتقليد، وأما إذا كان جائزا فلا، والمسألة مشهورة في أصول الفقه. قال ابن الحاجب: يجوز خلو الزمان عن مجتهد خلافا للحنبلة زاد الآمدي وغيره وجوزه آخرون وهو المختار. انتهى. وقال المشذلي في حاشيته: ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقر إلى حفظ واسع وإطلاع بارع وإدراك جيد نافع وخصوصا المدونة فإن فيها [رزمة¹¹⁴⁴]

الحديث

1143 - في المطبوع اختيارات له خرج وما بين المعقوفين من ن ذي وم 33 وم 68.

1144 - في المطبوع أزمة وما بين المعقوفين من م 33 ويحيى 42 وما يابى 71.

متن الخطاب وافرة فيما يرجع إلى اقتناص الأحكام، ومن كتب الأحكام المتيطية فإن فيها جملة صالحة والتوفيق بيد الله. [انتهى].¹¹⁴⁵

الثاني: وأما شرط الفتوى فقال ابن سلمون في وثائقه: سئل ابن رشد في الفتوى وصفة المفتي فقال: الذي أقول به في ذلك أن الجماعة التي تنسب إلى العلوم وتتميز عن جملة العوام بالمحفوظ والمفهوم تنقسم على ثلاث طوائف؛ طائفة منهم اعتقدت صحة مذهب مالك تقليداً بغير دليل فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه دون التفقه في معانيها بتمييز [الصحيح]¹¹⁴⁶ منها والسقيم، وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها من صحة أصوله التي بناه عليها فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه وتفقهت في معانيها فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج إلا أنها لم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول. وطائفة اعتقدت صحة [مذهبه]¹¹⁴⁷ بما بان لها أيضاً من صحة أصوله، [فأخذت أنفسها لحفظ أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه، ثم تفقهت في]¹¹⁴⁸ معانيها، فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج عنها، وبلغت درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول¹¹⁴⁹؛ لكونها عامة بأحكام القرآن عارفة بالناسخ والمنسوخ والمفصل والمجمل والخاص من العام عامة بالسنن الواردة في الأحكام مميزة بين صحيحها من معلولها عامة بأقوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار وبما اتفقوا عليه واختلفوا فيه عامة من علم اللسان بما يفهم به معاني الكلام عامة بوضع الأدلة في مواضعها، فأما الطائفة الأولى فلا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك وقول أحد من أصحابه؛ إذ لا علم عندها بصحة شيء من ذلك؛ إذ لا يصح الفتوى بمجرد التقليد من غير علم ويصح لها في خاصتها إن لم تجد من يصح لها أن تستفتيه [أن]¹¹⁵⁰ تقلد مالكا أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم، وإن لم يعلم من نزلت به نازلة [بما حفظته]¹¹⁵¹ فيها من قول مالك/ وأصحابه، فيجوز للذي نزلت به النازلة أن يقلده فيما حكاها له من قول مالك في نازلته ويقلد مالكا في الأخذ بقوله فيها، وذلك أيضاً إذا لم يجد في عصره من يستفتيه في نازلته فيقلده فيها، وإن كانت النازلة قد علم فيها اختلافاً من قول مالك وغيره فأعلمه بذلك كان حكمه في ذلك حكم العامي إذا استفتى العلماء في نازلته فاختلفوا عليه فيها، وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها أنه يأخذ بما شاء من ذلك، والثاني أنه يجتهد في ذلك فيأخذ في ذلك بقول أعلمهم، والثالث أنه يأخذ بأغلظ الأقوال، وأما الطائفة الثانية فيصلح لها إذا استفتيت أن تفتي بما علمته من قول مالك وقول

95

- 1145 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى 42 ويم 42 وم 33 ومايaby 71.
 1146 - في المطبوع الصحيح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ويم ص 42 و م ص 33 ومايaby 71.
 1147 - في المطبوع مذهب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ويم ص 42 و م ص 33 ومايaby 71.
 1148 - * ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1149 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ومايaby 71.
 1150 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ويم ص 42 و م ص 33 ومايaby 71.
 1151 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ويم ص 42 و م ص 33 ومايaby 71.

متن الخطاب غيره من أصحابه إذا كانت قد بانَتْ لها صحته، كما يجوز لها في خاصتها الأخذ بقوله إذا بانَتْ لها صحته ولا يجوز لها أن تفتي بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه نصاً من قول مالك أو قول غيره من أصحابه، وإن كانت قد بانَتْ لها صحته؛ إذ ليست ممن كمل لها آلات الاجتهاد [التي¹¹⁵²] يصح لها بها قياس الفروع على الأصول، وأما الطائفة الثالثة فهي التي يصح لها الفتوى عموماً بالاجتهاد والقياس على الأصول التي هي الكتاب والسنة وإجماع الأئمة بالمعنى الجامع بينها وبين النازلة، [أو¹¹⁵³] على ما قيس عليها إن [عدم¹¹⁵⁴] القياس عليها، ومن القياس جلي وخفي لأن المعنى الذي يجمع بين الأصل والفرع قد يعلم قطعاً بدليل قاطع لا يحتمل التأويل.

وقد يعلم بالاستدلال فلا يوجب إلا غلبة الظن، ولا يرجع إلى القياس الخفي إلا بعد القياس الجلي، وهذا كله يتفاوت العلماء في التحقيق بالمعرفة به تفاوتاً بعيداً وتفتقر أحوالهم أيضاً في جودة الفهم لذلك وجودة الذهن فيه افتراقاً بعيداً؛ إذ ليس العلم الذي هو الفقه في الدين بكثرة الرواية والحفظ وإنما هو نور يضعه الله حيث يشاء، فمن اعتقد في نفسه أنه ممن تصح له الفتوى بما آتاه الله عز وجل من ذلك النور المركب على المحفوظ المعلوم جاز له إن استفتي أن يفتي، وإذا اعتقد الناس فيه ذلك جاز له أن يفتي فمن الحق للرجل أن لا يفتي حتى يرى نفسه أهلاً لذلك ويراه الناس أهلاً له على ما حكى مالك [من¹¹⁵⁵] أن ابن هرمز أشار بذلك على من استشاره السلطان فاستشاره في ذلك، وقد أتى ما ذكرناه على ما سألت عنه من بيان صفات المفتي التي ينبغي أن يكون عليها في هذا العصر؛ إذ لا تختلف صفات المفتي التي [يلزم¹¹⁵⁶] أن يكون عليها باختلاف الأعصار.

وأما السؤال عن بيان ما يلزم في مذهب مالك لمن أراد في هذا الوقت أن يكون مفتياً على مذهب مالك فإنه سؤال فاسد؛ إذ ليس أحد بالخيار في أن يفتي على مذهب مالك ولا على مذهب غيره من العلماء، بل يلزمه ذلك إذا قام عنده الدليل على صحته، ولا يصح له إن لم يطمع عنده الدليل على صحته، والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذا كان ملتزماً للمذهب المالكي وليس في نظره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك، ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول، وذكر بقية كلامه المتقدم في الفرع الذي قبل هذا، وقال ابن عرفة: وأما شرط الفتوى ففيها لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس أهلاً للفتوى، وقال سحنون الناس هنا العلماء. قال ابن هرمز: ويرى هو نفسه أهلاً لذلك. قال القرافي إثر هذا الكلام: وما أفتى مالك حتى أجازته أربعون محنكاً؛ لأن [التحنك¹¹⁵⁷] وهو اللثام تحت الحنك من شعار العلماء حتى إن مالكا سئل عن الصلاة بغير حنك فقال لا بأس بذلك، وهذه إشارة إلى تأكيد التحنيك وهذا

1152 - في المطبوع الذي ومايأبى 71 ويحيى 389 وم 34.

1153 - في المطبوع يم ص 42 مك ص 33 وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص 42 ومايأبى 72.

1154 - في المطبوع يحيى ص 43 ويم ص 42 و م ص 34. قدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 95 ومايأبى 72.

1155 - في المطبوع عن والمثبت من يم 63 وم 34 ومايأبى 72 ويحيى 389.

1156 - في المطبوع تلزم ويحيى 389 وم 34 والمثبت من يم 69 ومايأبى 72.

1157 - في المطبوع الحنك وما بين المعقوفين من فروق القرافي ج 2 ص 546.

شأن الفتيا في الزمن المتقدم، وأما اليوم فقد خرق هذا السياج، وهان على الناس أمر دينهم، فتحدثوا فيه بما يصلح وما لا يصلح، وعسر عليهم اعترافهم بجهلهم، وأن يقول أحدهم لا أدري فلا جرم آل الحال بالناس إلى هذه الغاية بالاقتداء بالجهال والمتجرئين على دين الله تعالى. انتهى. /

قلت: وقع هذا في رسم الشجرة من جامع العتبية لابن هرمز فيما ذكره مالك عنه، وليس فيه ويرى نفسه أهلاً لذلك، فقال ابن رشد زاد في هذه الحكاية في كتاب الأقضية من المدونة ويرى نفسه أهلاً لذلك وهي زيادة حسنة؛ لأنه أعرف بنفسه، وذلك أن يعلم [من¹¹⁵⁸] نفسه أنه كملت له آلات الاجتهاد وذلك علمه بالقرآن وناسخه ومنسوخه ومفصله من مجمله وعامه من خاصه وبالسنة مميّزا بين صحيحها وسقيمها عالماً بأقوال العلماء وما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه عالماً بوجوه القياس ووضع الأدلة مواضعها وعنده من علم اللسان ما يفهم به معاني الكلام، وفي نوازل ابن رشد أنه سئل عن قرأ الكتب المستعملة مثل المدونة والعتبية دون رواية أو الكتب المتأخرة التي لا توجد فيها رواية هل يستفتى وإن أفتى وقد قرأها دون رواية هل تجوز شهادته أم لا؟ فأجاب من قرأ هذه الكتب وتفقه فيها على الشيوخ وفهم معناها وأصول مسائلها من الكتاب والسنة والإجماع، وذكر ما نقلناه عنه في البيان في كلامه السابق. ثم قال: فهذا يجوز له أن يفتي فيما ينزل ولا نص فيه باجتهاده. قال: ومن لم يلحق هذه الدرجة لم يصلح أن يستفتى في المجتهدات التي لا نص فيها، ولا يجوز له أن يفتي في شيء منها إلا أن يعلم برواية عن عالم فيقلده فيما يخبر به وإن كان فيها اختلاف أخبر بالذي ترجح عنده إن كان ممن له فهم ومعرفة بالترجيح.

قلت: وهذا حال كثير ممن أدركناه وأخبرنا عنهم أنهم كانوا يفتون ولا قراءة لهم في العربية فضلا عما سواها من أصول الفقه، وقد ولي خطتي قضاء الأنكحة والجماعة بتونس من قال ما فتحت كتابا في العربية على أحد، ومثله ولي القضاء في أوائل هذا القرن ببجاية، وقد رأيت بعض هؤلاء يقرؤون التفسير، وأخبرت أن بعضهم كان منعه قاضي وقته فلما مات أقرأه، وأفتى ابن عبد السلام بوجوب منع من لم يكن له مشاركة في علم العربية من إلقاء التفسير ثم كان في حضرته من يقرئه بل ولاه محل إقرائه وهو ممن لم يقرأ في العربية كتابا، والله أعلم بحال ذلك كله، وفي المقدمات: ينبغي للقاضي أن يكون عالماً بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات لاختلاف المعاني باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات، وقال القرافي ما حاصله يجوز لمن حفظ رواية المذهب وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه منها، وما ليس محفوظا له منها لا يجوز له تخريجه على ما هو محفوظ له منها إلا إن حصل علم أصول الفقه وكتاب القياس وأحكامه وترجيحاته وشرائطه وموانعه وإلا حرم عليه التخريج قال: وكثير من الناس يقدمون على التخريج دون هذه الشرائط بل صار يفتي من لم يحط بالتقييدات ولا التخصيصات من منقول إمامه وذلك فسق ولعب، وشرط التخريج على قول إمامه أن يكون القول المخرج عليه ليس مخالفا للإجماع ولا لنص ولا لقياس

متن الخطاب جلي؛ لأن القياس عليه حينئذ معصية وقول إمامه ذلك غير معصية لأنه باجتهاد أخطأ فيه فلا يأثم، وتحصيل حفظ القواعد الشرعية إنما هو بالمبالغة في تحصيل مسائل الفقه بأصولها وأصول الفقه لا تفيد ذلك ولذا ألفت هذا الكتاب المسمى بالقواعد.

قلت: قوله ليس مخالفا للإجماع ولا لنص، أما الإجماع فمسلم، وأما النص فليس كذلك لنص مالك في كتاب الجامع من العتبية وغيره على مخالفة نص الحديث الصحيح إذا كان العمل بخلافه. انتهى. وكلام القرافي هذا في الفرق الثامن [والسبعين]¹¹⁵⁹ وقول ابن عرفة في أول الكلام، وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه. عبارة القرافي: فهذا يجوز له أن يفتي بجميع ما يحفظه وينقله من مذهبه اتباعا لمشهور ذلك المذهب بشروط الفتيا. انتهى. واختصر ابن عرفة كلامه فيه جدا قال القرافي في الفرق المذكور: وكل شيء أفتي به المجتهد فوقعت فتياه فيه على خلاف الأصل

والقواعد والإجماع والنص والقياس الجلي/ السالم عن المعارض الراجح لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس، ولا يفتي به في دين الله تعالى، فإن هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه، وما لا نقره شرعا بعد تقريره بحكم الحاكم أولى أن لا نقره إذا لم يتأكد، وهذا لم يتأكد فلا نقره، والفتيا بغير شرع حرام فالفتيا بهذا حرام، وإن كان الإمام المجتهد غير عاص فعلى أهل العصر تفقد مذاهبهم، فكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم عليهم الفتيا به ولا يعرى مذهب من المذاهب عنه، لكنه قد يقل وقد يكثر غير أنه لا يقدر أن يعرف هذا من مذهبه إلا إن عرف القواعد والقياس الجلي والنص الصريح وعلة المعارض لذلك، وذلك يعتمد تحصيل الفقه والتبحر في الفقه، فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفقه، والفتوى لا توجد في كتب أصول الفقه أصلا، وذلك هو الباعث لي على تصنيف هذا الكتاب لضبط تلك القواعد بحسب طاقتي وباعتبار هذا الشرط يحرم على أكثر الناس الفتيا. فتأمل ذلك فإنه أمر لازم، ولذلك كان السلف رضي الله عنهم يتوقفون في الفتيا توقفا شديدا. انتهى.

قلت: والظاهر أن قول القرافي وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها يعني غلب على ظنه أن هذه الرواية مطلقة وهذه مقيدة، وأما القطع بأن هذه الرواية ليست مقيدة فبعيد، ويكفي الآن في ذلك وجود المسألة في التوضيح أو في ابن عبد السلام. قال ابن فرحون: قال المازري في كتاب الأقضية: الذي [يفتي في هذا]¹¹⁶⁰ الزمان أقل مراتبه في نقل المذهب أن يكون قد استبحر في الاطلاع على روايات المذهب وتأويل الشيوخ لها وتوجيههم لما وقع فيها من اختلاف ظواهر واختلاف مذاهب، وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق إلى النفس تباعدها وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع في النفس تقاربها وتشابهها إلى غير ذلك مما بسطه المتأخرون في كتبهم، وأشار إليه المتقدمون من أصحاب مالك في كثير من رواياتهم فهذا لعدم النظر يقتصر على نقله عن المذهب. انتهى. وفي آخر خطبة البيان والتحصيل لابن رشد قال: إذا جمع الطالب المقدمات إلى هذا الكتاب -يعني البيان والتحصيل- حصل على

1159 - في المطبوع والتسعين وما بين المعقوفين من م 34 وسيد 15 وما يابى 73 ويم ويحيى 390.

1160 - في المطبوع يفتي به في هذا وما بين المعقوفين من م 70 وم 34 ويحيى 390.

معرفة ما لا يسع جهله من أصول الديانات وأصول الفقه وعرف العلم من طريقه وأخذه من بابه وسبيله وأحكم رد الفرع إلى الأصل واستغنى بمعرفة ذلك كله عن الشيوخ في المشكلات وحصل في درجة من يجب تقليده في النوازل المعضلات ودخل في زمرة العلماء الذين أثنى الله عليهم في غير ما آية من كتابه ووعدهم فيه بترقيع الدرجات. انتهى. وقد تقدم في أول المختصر عند قول المصنف: "مبيناً لما به الفتوى" في الكلام على الديباجة بعض هذه النصوص وشيء من هذا المعنى. والله أعلم.

الثالث: لم يتعرض المؤلف لما تنعقد به الولاية، وقال ابن بشير في التحرير: لانعقاد الولاية ثلاثة شروط: العلم بشرائط الولاية في المولى، فإن لم يعلمها إلا بعد التقليد استأنفه. الثاني: ذكر المولى له كالقضاء أو الإمارة فإن جهل ذلك فسدت. الثالث: ذكر البلد الذي عقدت عليه الولاية ليمتاز عن غيره. انتهى. ونقله القرافي، ونقله ابن فرحون عن ابن الأمين.

الرابع: قال ابن فرحون: قال الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن يحيى بن الأمين القرطبي: الألفاظ التي تنعقد بها الولايات أربعة صريح وكناية، فالصريح أربعة ألفاظ وهي وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك، والكناية ثمانية ألفاظ؛ وهي اعتمدت عليك وعولت عليك ورددت إليك وجعلت إليك وفوضت إليك ووكلت إليك وأسندت إليك. قال غيره وعهدت إليك، وتحتاج الكناية إلى أن يقترن بها ما ينفي الاحتمال مثل احكم فيما اعتمدت عليك فيه وشبه ذلك. انتهى. ونقله ابن بشير في التحرير.

الخامس: قال ابن عرفة: وتولية الإمام قاضيه تثبت بإشهادها بها نصاً، والأصح ثبوتها بالاستفاضة الدالة على توليته والقرائن/ على علم ذلك ومنع بعضهم ثبوتها بكتاب يقرأ على الإمام إن لم ينظر الشهود في الكتاب المقروء لجواز أن يقرأ القارئ ما ليس في الكتاب، ولو قرأه الإمام صحت.

قلت: سماع الإمام المقروء عليه مع سماعه وسكوته يحصل العلم بضرورة بتوليته إياه، ونقل المتيطي وغيره عن المذهب ثبوت ولايته بشهادة السماع. انتهى. وقوله: "يقرأ على الإمام" كذا في النسخة التي رأيت منه، وهو الذي يقتضيه بحثه، والذي في تبصرة ابن فرحون عن الإمام وهو الظاهر. والله أعلم. وانظر نوازل ابن رشد في مسائل الأقضية.

السادس: قال ابن فرحون: إذا كان القاضي المولى غائباً وقت الولاية فإنه يجوز أن يكون قبوله على التراخي عند بلوغ التقليد إليه وعلامة القبول شروعه في العمل، وبهذا جرى عمل الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم إلى وقتنا هذا. انتهى. وقال في الذخيرة: فرع: قال الشافعية يجوز انعقاد ولاية القاضي بالمكاتبة والمراسلة كالوكالة وقواعدنا تقتضيه، قالوا فإن كان التقليد باللفظ مشافهة فالقبول على الفور لفظاً كالإيجاب، وفي المراسلة يجوز على التراخي بالقول. قالوا وفي القبول بالشروع في النظر خلاف، وقواعدنا تقتضي الجواز؛ لأن المقصود هو الدلالة على ما في النفس. انتهى.

السابع: قال في الذخيرة: قال الشافعية إذا انعقدت الولاية لا يجب على المتولي النظر حتى تشيع ولايته في عمله ليدعونا له، وهو شرط أيضاً في وجوب الطاعة وقواعد الشريعة تقتضي ما قالوه فإن التمكن والعلم شرطان في التكليف عندنا وعند غيرنا، فالشياع يوجب له المكنة والعلم لهم. انتهى.

الثامن: قال ابن الحاجب: وللإمام أن يستخلف من يرى غير رأيه في الاجتهاد أو التقليد، ولو شرط الحكم بما يراه كان الشرط باطلا والتولية صحيحة. قال الباجي: كان في سجلات قرطبة ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته. قال في التوضيح: للإمام أن يستخلف من يرى غير رأيه كالمالكي يولي شافعيًا أو حنفيًا ولو شرط أي الإمام على القاضي الحكم بما يراه الإمام من مذهب معين أو اجتهاد له كان الشرط باطلا وصح العقد، وهكذا نقله في الجواهر عن الطروشني، وقال غيره العقد غير جائز وينبغي فسخه ورده، وهذا إنما هو إذا كان القاضي مجتهدًا، وهكذا فرض المازري المسألة فيه، قال: وإن كان الإمام مقلداً وكان متبعاً لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض مقلد لم يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك، ويأمره أن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي هذا القاضي منه ولي عليهم، وقد ولي سحنون رجلاً سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة، وقوله: قال الباجي: كان في سجلات قرطبة، ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته. هكذا نقله الطروشني عن الباجي [الطروشني¹¹⁶¹] وهو جهل عظيم منهم يريد لأن الحق ليس في شيء معين. قال ابن رشد: وما نقل عن سحنون من ولاية ذلك الشخص على أن لا يخرج عن أقوال أهل المدينة يريد قولهم. انتهى.

وقال ابن عرفة في أثناء الكلام على استخلاف القاضي ناثباً: وشرط المستخلف على مستخلفه الحكم بمذهب معين وإن خالف معتقد المستخلف اجتهاداً أو تقليداً، [مخرج¹¹⁶²] على شرط ذلك الإمام في توليته قاضيه عليه في صحته وبطلان توليته بذلك، ثالثاً يبطل الشرط فقط لظاهر نقلهم عن سحنون أنه ولي رجلاً سمع بعض كلام أهل العراق وشرط عليه الحكم بمذهب أهل المدينة. المازري: مع احتمال كون الرجل مجتهداً مع نقل. الباجي: كان الولاية عندنا بقرطبة يشترطون على من ولوه القضاء في سجله أن لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ما وجدته، والطروشني لقوله فيما حكاها الباجي: هذا جهل عظيم، ونقل المازري عن بعض الناس مع تخريجه على أحد الأقوال بإبطال فاسد الشرط في عقد البيع مع صحة/ البيع. قال: وقال بعض الناس إن كان القاضي على مذهب مشهور وعليه عمل أهل بلده نهى عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهداً أداه اجتهاده إلى الخروج عنه لتهمة أن يكون خروجه حيفاً أو هوى، وهذا القول عمل بمقتضى السياسة، ومقتضى الأصول خلافه، والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده. اهـ.

التاسع: قال ابن فرحون في تبصرته: اختلف في قبول ولاية القضاء من الأمير غير العادل، ففي رياض النفوس في طبقات علماء إفريقية لأبي محمد عبد الله بن محمد المالكي: قال سحنون: اختلف أبو محمد عبد الله بن فروخ وابن غانم قاضي إفريقية وهما [من¹¹⁶³] رواية مالك رحمهم الله، فقال ابن فروخ لا ينبغي لقاض إذا ولاه أمير غير عدل أن يلي القضاء، وقال ابن غانم يجوز أن يلي وإن كان

1161 * - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من يم70 وسيد15 وما يابى75.

1162 * - في المطبوع فخرج وما بين المعقوفين من م36.

1163 - ساقطة من المطبوع وما يابى76 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 99 وأصل الكلام في تبصرة ابن فرحون ج1

نص خليل وَنَفَذَ حُكْمَ أَعْمَى وَأَبْكُمْ وَأَصَمَّ وَوَجَبَ عَزْلُهُ.

متن الخطاب الأمير غير عدل، فكتب بها إلى مالك، فقال مالك: أصاب الفارسي؛ يعني ابن فروخ، وأخطأ الذي يزعم أنه عربي؛ يعني ابن غانم.

العاشر: قال في الذخيرة في الكلام على الولاية الخامسة التي هي وظيفة القضاء: قال للحمي: إقامة الحكم للناس واجب لأنه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، فعلى ولي الأمر أن ينظر في أحكام المسلمين إن كان أهلاً أو يقيم للناس من ينظر، فإن لم يكن للموضع ولي أمر كان ذلك لذوي الرأي والثقة، فما اجتمع رأيهم عليه أن يصلح أقاموه. انتهى. وقال المازري في شرح التلقين: القضاء ينعقد بأحد وجهين: أحدهما عقد أمير المؤمنين أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد في مثل ذلك. الثاني عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء، وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الإمام في ذلك ولا أن يستدعوا منه ولايته ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الإمام الأعظم أو نيابة عن جعل الإمام له ذلك للضرورة الداعية إلى ذلك. انتهى من تبصرة ابن فرحون. وتقدم في التنبيه الرابع عند قول المؤلف: "مجتهد" شيء من هذا المعنى. والله أعلم.

فائدة: قال ابن عرفة: ابن سهل: قال بعض الناس خطة القضاء من أعظم الخطط قدراً وأجلها خطراً لا سيما إذا اجتمعت إليها الصلاة.

قلت: يريد إمامة الصلاة، ومقتضاه حسن اجتماعهما، والمعروف ببلدنا قديماً وحديثاً منع إقامة قاضي الجماعة بها أو الأنكحة إمامة الجامع الأعظم بها، وسمعت بعض شيوخنا يعللون ذلك بأن القاضي مظنة لعدم طيب نفس المحكوم عليه به مع تكرار ذلك في الآحاد فيؤدي إلى إمامة الإمام من هو له كاره، وقد خرج الترمذي عن أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم العبد الأبقي حتى يرجع وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط وإمام قوم وهم له كارهون¹} انتهى.

فائدة: قال في الذخيرة: قال في النوار: قال مالك: أول من استقضى معاوية، ولم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولا لأبي بكر ولا لعثمان قاض، بل الولاية يقضون وأنكر قول أهل العراق [أن¹¹⁶⁴] عمر استقضى شريحاً، وقال كيف يستقضي بالعراق دون الشام واليمن وغيره؟ فليس كما قالوا. انتهى.

ص: ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله ش: هذا هو القسم الثاني، وهو ما يقتضي عدمه الفسخ وإن لم يكن شرطاً في صحة الولاية، ويجب أن يكون القاضي متصفاً بها. قال في التوضيح: الصفة الثانية غير شرط في صحة الولاية ولكنه يجب أن يكون متصفاً بها وعدمها موجب للعزل، وينفذ ما مضى من أحكامه. انتهى. فقول الشيخ بهرام: هذه الأوصاف توجب العزل وليس عدمها من شروط الصحة، بل وجودها من باب الاستحباب مخالف لما تقدم من كلام التوضيح. وقال ابن عبد السلام: فإن قلت: لم خصت الصفة الأولى بالشرطية؟ قلت: لأن الولاية تنعدم بانعدامها والصفة الثانية ليست كذلك وإن وجب العزل إذا انعدمت، وهذا كما يفرقون في مسائل الصلاة بين الواجب

1 - جامع الترمذي، كتاب الصلاة، دار الفكر 1995، رقم الحديث 360.

الحديث

¹¹⁶⁴ - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م36.

نص خليل

وَلَزِمَ الْمُتَعَيِّنَ أَوْ الْخَائِفَ فِتْنَةً إِنْ لَمْ يَتَوَلَّ أَوْ ضَيَاعَ الْحَقِّ الْقَبُولُ وَالطَّلَبُ وَأَجِيرَ وَإِنْ بَضْرَبَ وَإِلَّا فَلَهُ
الْهَرَبُ وَإِنْ عُنِيَ.

متن الخطاب

100 الذي [هو/]¹¹⁶⁵ شرط في صحة الصلاة وبين الواجب الذي ليس شرطاً في صحتها. انتهى.
وانظر كلام المقدمات بعد هذا، وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: "الثاني السمع والبصر"
والكلام يعني أن النوع الثاني من صفات القاضي وهو الموجب للعزل إذا عدم أو عدم بعض أجزائه، إلا
أن وحدة النوع الأول وجعل ما تحته من القيود كالأجزاء صحيح؛ لأن كل واحد من تلك الأجزاء إذا
عدم منع الولاية، ولأن جزء الشرط ينعدم المشروط بانعدامه، وأما وحدة هذا النوع بحيث يكون كل
واحد من السمع والبصر والكلام جزءاً له فغير صحيح، وذلك أن المؤلف جعل أثر هذا النوع إنما هو في
وجوب العزل لا في انعقاد الولاية، وإنما يظهر هذا إذا انعدم واحد من تلك الأجزاء بقيد الوحدة، وأما
إذا انعدم اثنان منها فأكثر فلا تنعقد الولاية أصلاً. انتهى. فتأمل.

سؤال: قال البساطي: فإن قلت إما أن يجعل العمى مثلاً مانعاً من تولية القضاء أو لا، فعلى الأول لا
ينفذ حكمه، وعلى الثاني لا يجب عزله؛ قلت: كل من الشقين ممنوع وسند الأول أن المانع إذا كان
في الابتداء ترتب عليه الحكم الذي ذكرت؛ أعني أنه لا ينفذ حكمه، ولا يلزم من هذا أنه إذا طرأ
وقد كان ولي على غير هذه الصفة أنه لا تنفذ أحكامه، فمن ولي صحيحاً وطراً على هذا المانع هو
الذي ينفذ حكمه، والكلام فيه، وسند الثاني أن ما ليس بمانع من نفوذ الحكم لا يلزم معه دوام
التولية؛ لأن النفوذ مستند إلى التولية الصحيحة ووجوب العزل مستند إلى الطارئ. انتهى. وفي جوابه
نظر لاقتضائه أن نفوذ حكم القاضي الأعمى إنما هو إذا ولي صحيحاً ثم طراً عليه. قال في المقدمات:
وأما الخصال التي ليست مشروطة في صحة الولاية إلا أن عدمها يوجب فسخ الولاية؛ فهي أن يكون
سميعاً بصيراً متكلماً عدلاً، فهذه الأربع خصال لا يجوز أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه، فإن
ولي من لم تجتمع فيه وجب أن يعزل متى عثر عليه، ويكون ما مضى من أحكامه جائزاً إلا الفاسق
فاختلف فيما مضى من أحكامه، فقال أصبغ إنها جائزة، والمشهور في المذهب أنها مردودة، وعليه
فالعادلة مشروطة في صحة الولاية كالإسلام والحرية. انتهى. وقال في التوضيح تنفذ أحكامه، سواء
ولي كذلك أو طراً عليه ذلك. انتهى. والجواب عن سؤاله أن يقال قولك العمى مثلاً مانع ما تعني به
مانع من صحة التولية أو من جوازها فالأول ليس مراداً لنا وعليه يلزم ما ذكرت، والثاني مرادنا، ولا
يلزم عليه ما ذكرت. والله أعلم.

تنبية: ترك المؤلف الكلام على الكتابة. قال في التوضيح: قال الباجي وابن رشد إنه لا نص هل
يشترط في القاضي أن يكتب؟ وعن الشافعية قولان. انتهى. قال ابن عبد السلام: ورجح الباجي وابن
رشد صحة الولاية مع ظهور القول بالمنع، وظاهر كلام بعض الأندلسيين المنع. انتهى.
ص: ولزم المتعين أو الخائف فتنة أو ضياع الحق إن لم يتول القبول والطلب ش: كأنه سقط

الحديث

¹¹⁶⁵ * - في المطبوع الذي شرط وميaby 76 ويحيى 392 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب والصواب الذي هو شرط كما
في يم 71.

متن الخطاب 101 عند الشارح/ بهرام لفظ والطلب في الشرح الكبير فقال: ولم يتعرض للطلب، وظاهر كلامه أنه لا يجب؛ لأن قوله يلزمه القبول يدل على أن اللزوم مشروط بعرض الولاية عليه، وقد ذكر بعض أصحابنا أن القضاء يجب طلبه إذا كان من أهل الاجتهاد والعدالة ولا يكون هناك قاض أو يكون، ولكن تحرم ولايته أو يعلم أنه إذا لم يتول تضييع الحقوق ويكثر الهرج فقد قالوا إنه إذا خاف ضياع الحقوق يجب عليه الطلب. انتهى. وأما في الوسط والصغير فظاهر كلامه ثبوتها، وانظر إذا قيل يلزمه الطلب فطلب فممنوع من التولية إلا ببذل مال فهل يجوز له بذله؟ الظاهر أنه لا يجوز له بذله؛ لأنهم قالوا كما سيأتي إنما يلزمه القبول إذا تعين إذا كان يعان على الحقوق، وبذل المال في القضاء من أول الباطل الذي لم يعن على تركه فيحرم عليه حينئذ، وقد يفهم ذلك من الفرع الآتي لابن فرحون. والله أعلم.

قال ابن الحاجب: وهو أي القضاء فرض كفاية، فإذا انفرد [بشرائطه¹¹⁶⁶] تعين. قال ابن عبد السلام: قيل إن علم القضاء يرجع إلى تعيين المدعي من المدعى عليه، فإذا كان هذا علم القضاء أو لازما له فلا بد من نصب إنسان يرفع النزاع الواقع بين الناس وينصف المظلوم من الظالم، ولما كان هذا المعنى يحصل في البلد من واحد ومن عدد قليل كان هذا الفرض فيه على الكفاية إذا تعدد من فيه أهلية ذلك، فإن اتحد تعين. ثم قال: وهذه مرتبة القاضي في الدين حين كان القاضي يعان على ما وليه، حتى ربما كان بعضهم يحكم على من ولاه ولا يقبل شهادته إن شهد عنده لعدم أهلية الشهادة منه، وأما إذا صار القاضي لا يعان بل من ولاه ربما أعان عليه من مقصوده بلوغ هواه على أي حال كان فإن ذلك الواجب ينقلب محرما نسأل الله السلامة، وبالجمله إن أكثر الخطط الشرعية في زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيصة. انتهى. ونقله في التوضيح.

قال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا: قلت: وحدثني من أثق به وبصحة خبره أنه لما مات القاضي بتونس الشيخ أبو علي بن قدامح تكلم أهل مجلس السلطان في ولاية قاض فذكر بعض أهل المجلس ابن عبد السلام، فقال بعض كبار أهل المجلس: إنه شديد الأمر ولا تطيقونه، فقال بعضهم نستخبر أمره ففسوا عليه رجلا من الموحدين كان جارا له يعرف بابن إبراهيم فقال له: هؤلاء امتنعوا من توليتك لأنك شديد في الحكم. فقال: أنا أعرف العوائد وأمشيها فحينئذ ولوه من عام أربعة وثلاثين إلى أن توفي رحمه الله عام تسع وأربعين وسبعمائة. انتهى.

قلت: ينبغي أن يحمل هذا من ابن عبد السلام رحمه الله على أنه خاف أن يولى من لا يصلح للولاية فتسبب في ذلك لدفع مضرة ذلك كما ذكره ابن عرفة عن بعض شيوخه في تسببه بولايته لقضاء الأنكحة تسببا ظاهرا علمه القريب منه والبعيد. قال: وكان ممن يشار إليه بالصلاح والأعمال بالنيات، وقد أشار ابن غازي إلى هذا في تكميل التقييد، فإذا كان هذا حكم القسم الواجب صار محرما فكيف ببقية الأقسام؟ وقال في المقدمات: الهرب من القضاء واجب وطلب السلامة منه، لا سيما في هذا الوقت واجب لازم، وقد روي أن عمر رضي الله عنه دعا رجلا ليؤليه فأبى فجعل يديره

متن الخطاب
 102
 على الرضا فأبى. ثم قال له: أنشدك الله يا أمير المؤمنين أي ذلك تعلم خيرا لي؟ قال: أن لا تلي. قال: فأعفني. قال: قد فعلت. ثم قال: وطلب القضاء والحرص عليه حسرة وندامة يوم القيامة، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: {ستحرصون على الإمارة وتكون حسرة وندامة يوم القيامة فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة¹} فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل إليه وخيف عليه فيه الهلاك، ومن لم يسأله وامتنح به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله عليه، روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: {من طلب القضاء واستعان عليه وكل إليه، ومن لم يطلبه ولا/ استعان عليه أنزل الله ملكا يسدده²} وقال صلى الله عليه وسلم: {لا تسأل الإمارة، فإنك إن تؤتها من غير مسألة تعن عليها وإن تؤتها عن مسألة توكل إليها³} انتهى. وقال الجزيري في وثائقه: القضاء محنة وبليّة، ومن دخل فيه فقد عرض نفسه للهلاك؛ لأن التخلص منه عسر، فالهروب منه واجب لا سيما في هذا الوقت، وطلبه نوك وإن كان حسبة. قاله الشعبي، ورخص فيه بعض الشافعية إذا خلصت نيته للحسبة؛ بأن يكون قد وليه من لا يرضى حاله، والأول أصح؛ لقوله عليه السلام: {إننا لا نستعمل على عملنا من أراد⁴} انتهى. والنوك بالضم الحمق. قاله في الصحاح قال قيس بن الخطيم:

وداء النوك ليس له دواء

والنواكة الحماقة. قال ابن عرفة إثر نقله كلام المقدمات المذكور: قلت: ظاهره مطلقا، وزعم بعضهم أنه إن خاف من فيه أهلية أن يولى من لا أهلية فيه أن له طلبه، وقد تحققت بالخبر الصادق أن بعض شيوخنا - وكان ممن يشار إليه بالصالح - لما وقع النظر بتونس في ولاية قاضي الأنكحة تسبب في ولايتها تسببا ظاهرا علمه القريب منه والبعيد، وما أظنه فعل ذلك إلا لما نقل المازري، والأعمال بالنيات. قال المازري: يجب على من هو من أهل الاجتهاد والعدالة السعي في طلبه إن علم أنه إن لم يله ضاعت الحقوق، أو وليه من لا يحل أن يولى، وكذلك إن وليه من [لا تحل توليته¹¹⁶⁷] ولا سبيل لعزله إلا بطلبه. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون: وأما تحصيل القضاء بالرشوة فهو أشد كراهة، وقال أبو العباس من تلامذة ابن شريح الشافعي في كتابه أدب القضاء: من تقبل القضاء بقبالة وأعطى عليه الرشوة فولايته باطلة

- الحديث
 1 - إنكم ستحرصون على الإمارة وستكون ندامة يوم القيامة فنعم المرضعة وبئست الفاطمة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 7148.
 2 - من طلب القضاء واستعان عليه وكل إليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكا يسدده، سنن أبي داود، كتاب القضاء، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 3578.
 3 - لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإذا خلقت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب كفارات الأيمان، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 6722.
 4 - لن - أولا - نستعمل على عملنا من أراد، البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، رقم الحديث 2261، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، رقم الحديث 1733.

¹¹⁶⁷ - في المطبوع لا تحل ولايته وتوليته وما بين المعقوفين من ن ذي ص 102 ويحيى 393 ويم 72 وم 37.

نص خليل وَحَرَّمَ لِجَاهِلٍ وَطَالِبٍ دُنْيًا وَتُدْبَ لِيُشْهَرَ عِلْمُهُ.

متن الخطاب وقضاؤه مردود وإن كان قد حكم بحق. قال: وإن أعطى رشوة على عزل قاض ليولى هو مكانه فكذلك أيضا، وإن أعطاه على عزله دون ولاية فعزل الأول برشوة ثم استقضى هو مكانه بغير رشوة نظر في المعزول، فإن كان عدلا فإعطاء الرشوة على عزله حرام، والمعزول باق على ولايته إلا أن يكون من عزله تاب فرد الرشوة قبل عزله، وقضاء المستخلف أيضا باطل، إلا أن يكون تاب قبل الولاية فيصح قضاؤه، فإن كان المعزول جائرا لم يبطل قضاء المستخلف. قال المؤلف أبو العباس: قلت: هذا [تخريج¹¹⁶⁸] على مذهب الشافعي والحنفي. انتهى.

ص: وحرم لجاهل وطالب دنيا ش: لو قال عوض قوله: "لجاهل" لغير أهله كما قال ابن عرفة ويحرم طلبه على فاقد أهليته. انتهى. لكان أتم فائدة، ويحرم السعي على من قصد بالسعي الانتقام من أعدائه. قاله ابن فرحون.

ص: وندب ليُشهر علمه ش: نقله ابن عرفة عن المازري عن بعض العلماء، وزاد معه أو أن يكون فقيرا وله عيال، ويسعى في تحصيله لسد خلته، ونصه: قال بعض العلماء يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه وأراد إظهاره بولايته القضاء أو لعاجز عن قوته وقوت عياله إلا برزق القضاء. المازري: ولا يقتصر بالاستحباب على هذين، بل يستحب للأولى به من غيره لأنه أعلم منه. انتهى. وعبر ابن فرحون عن هذا الأخير بقوله: قال المازري: وقد يستحب لمن لم يتعين عليه، ولكن يرى أنه أنهض به وأنفع للمسلمين من آخر يولاه وهو ممن يستحق التولية ولكنه مقصر عن هذا. انتهى. وإن كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فعده ابن فرحون في القسم المباح. قال: ونقله المازري في الوجه المستحب، وكذلك عد ابن فرحون في القسم المباح ما نقل المازري عن بعضهم من أنه إذا كان فقيرا وطلبه لسد خلته أنه مستحب، وعكس ما ذكره المؤلف؛ وهو ما إذا كان عدلا مشهورا ينفع الناس بعلمه وخاف إن تولى القضاء أن لا يقدر على ذلك يكره له السعي. قاله في التوضيح. وقال ابن عرفة عن المازري: وفي كونه في حق المشهور علمه الغني مكروها أو مباحا نظر. قال: وأصول الشرع تدل على الإبعاد منه. انتهى.

103 قال ابن فرحون: / ومن المكروه أن يكون سعيه في طلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس فهذا يكره له السعي، ولو قيل إنه يحرم لكان وجهه ظاهرا؛ لقوله تعالى: ﴿تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الأرض ولا فسادا والعاقبة للمتقين﴾ انتهى. وأما إباحة السعي فقال في التوضيح: قال المازري: ويبعد عندي تصور الإباحة إلا عند تقابل أدلة الأحكام وقرائن الأحوال، ولا يقدر على ترجيح بعضها على بعض [الفهم¹¹⁶⁹]، وقد تقدم أن ابن فرحون جعل منه مسألة من سعى فيه لسد خلته، وتقدم كلام ابن عرفة أيضا. والله أعلم. قال ابن عرفة بعد ذكره هذه الأقسام: قلت: هذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديمه من لا يحل تقديمه للشهادة وقد شاهدنا من ذلك ما الله أعلم به، ولا فائدة في كتبه هنا. انتهى. والله أعلم.

الحديث

¹¹⁶⁸ - في المطبوع ویم 46 وم 37 وما یابی 79 تخريجا وما بین المعقوفین من ن عدود ص 102 ويحيى 48.

¹¹⁶⁹ * - كذا في النسخ وهي ساقطة من التوضيح، ج 7 ص 387.

كَوْرَعٍ غَنِيٍّ حَلِيمٍ نَزَهٍ نَسِيْبٍ مُسْتَشِيْرٍ بِلَا دِيْنٍ وَحَدٍّ.

متن الخطاب ص: [كورع ش: الفرق¹¹⁷⁰] بين الورع والنزه أن الورع هو التارك للشبهات. قاله في التوضيح. قال ابن عبد السلام: وفائدة كونه ورعا ظاهرة، وهو أولى الناس بذلك، والنزه هو الذي لا يطمع فيما عند الناس. قال في المقدمات: روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه في صفات القاضي أن يكون عالما بالكتاب والسنة ذا نزاهة عن الطمع. انتهى. وفي الذخيرة: قال ابن محرز: لا يأتي بما نصب له حتى يكون ذا نزاهة ونصيحة ورحمة وصلابة ليفارق بالنزاهة التشوف لما في أيدي الناس، وبالنصيحة [يفارق¹¹⁷¹] حال من يريد الظلم ولا يبالي بوقوع الغش والغلط والخطأ، وبالرحمة حال القاضي الذي لا يرحم الصغير واليتيم والمظلوم، وبالصلابة حال من يضعف عن استخراج الحقوق. انتهى.

ص: غني ش: قال ابن عبد السلام: الظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين، فإن وجود الدين مع الغنى [بما¹¹⁷²] يزيد على مقدار الدين لا أثر له. انتهى. قال في التوضيح: خليل: وفيه نظر، والظاهر خلافه ولا يخفى عليك. انتهى. وقال سحنون في كتاب ابنه: وإذا كان الرجل فقيرا وهو أعلم من في البلد وأرضاهم استحق القضاء، ولكن ينبغي أن لا يجلس حتى يغنى ويقضي دينه. قال المازري: وهذا من المصلحة؛ لأنه ربما دعاه فقره إلى استمالة الأغنياء والضراعة لهم وتمييزهم على الفقراء بالإكبار إذا تخاصموا مع الفقراء، فإذا كان غنيا بعد ذلك. انتهى من تبصرة ابن فرحون، ونقله غيره. والله أعلم.

تنبيه: زاد ابن الحاجب أن يكون بلديا ولا يخاف في الله لومة لائم، والمصنف إنما ترك الأول لأن ابن رشد وابن عبد السلام قالا إن الولاية اليوم يرجحون غير البلدي على البلدي، وترك الثاني لأنه قال في التوضيح تبعا لابن عبد السلام: الظاهر أنه راجع إلى النوع الأول؛ لأن الخوف من لومة اللائم راجع إلى الفسق. انتهى.

ص: نسيب ش: قال ابن عرفة: قال سحنون: ولا بأس بولاية ولد الزنا، ولا يحكم في حد. قال الباجي: الأظهر منعه؛ لأن القضاء موضع رفعة فلا يليها ولد الزنا كالإمامة، الصقلي عن أصبغ لا بأس أن [يُستقضى¹¹⁷³] من حد في الزنا إذا تاب ورضيت حاله أو كان عالما، ويجوز حكمه في الزنا وإن لم تجز شهادته فيه؛ لأن المسخوط يجوز حكمه ما لم يحكم بجور أو خطأ، ولا تجوز شهادته، وعزاه الباجي لأصبغ. انتهى.

ص: بلا دين وحد ش: قال في التوضيح: وجوز أصبغ حكمه فيما حد فيه، ومنعه سحنون قياسا على الشهادة. انتهى.

1170 - في المطبوع كورع نزه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ويحيى ص 49 ويم ص 47 و م ص 37 ومايبي 79.

1171 * - في المطبوع ليفارق وما بين المعقوفين من يم 73 ويحيى 394 وسيد 16 وم 37 ومايبي 79.

1172 - في المطبوع ربما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ومايبي 80 ويم 47 وم 37.

1173 - في المطبوع ويم ص 47 و م ص 37 يستقضى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ومايبي 80 (ويحيى ص 49 يقضي).

نص خليل

وَزَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ وَبَطَانَةٍ سُوءٍ وَمَنْعُ الرَّاكِبِينَ مَعَهُ وَالْمُصَاحِبِينَ لَهُ وَتَخْفِيفُ الْأَعْوَانِ وَاتِّخَاذُ مَنْ يُخْبِرُهُ
بِمَا يَقَالُ فِي سِيرَتِهِ وَحُكْمِهِ وَشُهُودِهِ وَتَأْدِيبُ مَنْ أَسَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا فِي مِثْلِ اتَّقِ اللَّهَ فِي أَمْرِي فَلْيَرْفُقْ بِهِ.

متن الخطاب

104

ص: وزائد في الدهاء ش: الدهاء بفتح الدال والمد. كذا ضبطه ابن قتيبة في أدب الكتاب كالذكاء
والعطاء، وكذا في ضياء العلوم. والله أعلم./

ص: وتخفيف الأعوان ش: قال في التوضيح: مطرف وابن الماجشون ولو استغنى عن الأعوان أصلا
لكان أحب إلينا. انتهى.

ص: وتأديب من أساء عليه إلا في مثل اتق الله في أمري فليرفق به ش: قال ابن الحاجب:
ويجب عليه أن يؤدب أحد الخصمين إذا أساء على الآخر، وينبغي ذلك أيضا إذا أساء على الحاكم.
ابن عبد السلام: ظاهر مغايرة المؤلف للفظين في هذه المسألة والتي فوقها أن إساءة أحد الخصمين
للآخر في مجلس القاضي أشد من إساءته على القاضي، وظاهر كلام مالك أن هذه المسألة مثل التي
قبلها في الوجوب.

قال عنه ابن القاسم: وأما إن قال له ظلمتني فذلك يختلف ووجه ذلك [أنه إذا أراد¹¹⁷⁴] أذى القاضي
وكان القاضي من أهل الفضل فليعاقبه، وقد أشار مطرف وابن الماجشون إلى الفرق بين المسألتين كما قال
المؤلف وذلك أنهما قالا إذا شتم أحد الخصمين صاحبه بقوله يا فاجر يا ظالم فليزجره وليضربه على
مثل هذا ما لم يكن قائله ذا مروءة فليتجاف عن ضربه، وقال إن لمز أحد الخصمين القاضي بما يكره
أدبه، والأدب في مثل هذا أمثل من العفو، ويمكن أن يقال إنما جعل الأدب في مثل هذا أمثل من العفو
لأن الخصم لم يصرح بإيذاء القاضي وشتمه، وإنما لمزه بذلك فلذلك سوغ له حكم العفو ورجح عدمه،
وصرح لخصمه بالشتم فألزمه العقوبة ولم يسوغ العفو فيها، وهذا الذي قلناه في لفظة ينبغي هو مصطلح
الفقهاء، وقد أنكر بعض الناس عليهم، وقال إن قول القائل ينبغي لك أن تفعل مثل قوله يجب عليك
أن تفعل. انتهى. ففي كلامه ميل إلى أن تأديبه يجب، وفي كلام المصنف في التوضيح ميل إلى عدم
الوجوب، فمن راعى أن في ذلك انتصارا للشرع قال بالوجوب، ومن رأى أنه كالمنتقم لنفسه قال بعدمه.
فتأمله. والله أعلم. وقال ابن عرفة: وسمع ابن القاسم رأييت من يقول للقاضي ظلمتني.

قال مالك: يختلف ولم [يحد¹¹⁷⁵] فيه تفسيرا، إلا أن وجه ما قاله إن أراد أذاه والقاضي من أهل
الفضل عاقبه، وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد. ابن رشد: للقاضي
الفاضل العدل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وآذاه بأن ينسب إليه الظلم والجور
مواجهة بحضرة أهل مجلسه، بخلاف ما شهد به عليه أنه آذاه به وهو غائب عنه؛ لأن مواجهته
بذلك من قبيل الإقرار، وله الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، وإذا كان له الحكم بالإقرار على من
انتهك ماله كالحكم به لغيره كان أخرى أن يحكم بالإقرار في عرضه كما يحكم به في عرض غيره لما
في ذلك من الحق لله؛ لأن الاجترار على الحاكم بمثل هذا توهين لهم فالمعاقبة فيه أولى من التجافي.
انتهى. وهذه المسألة في رسم تأخير صلاة العشاء من كتاب الأقضية، وقال فيه بعد قوله: وله

الحديث

1174 * - في المطبوع ووجه ذلك إن أراد وما بين المعقوفين من يم73.

1175 * - في المطبوع يجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ميايى80.

نص خليل

وَلَمْ يَسْتَخْلَفْ إِلَّا لِيُوسِعَ عَمَلَهُ فِي جِهَةٍ بَعُدَتْ مَنْ عِلِمَ مَا اسْتَخْلَفَ فِيهِ.

متن الخطاب الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، فيعاقبه به أي بالإقرار ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم في شيء من ذلك بالبينة، والأصل فيه قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته. انتهى. فراجعناه فإنه مفيد، وقوله في السماع: "وما ترك ذلك" إلى آخره هو كذلك في البيان ولم أفهم معناه. والله أعلم. وسيأتي لفظه عند قوله: "ولا يحكم لمن يشهد له"، وسيأتي أيضا شيء يتعلق بهذا المعنى عند قوله: "ومن أساء على خصمه"، وقوله: "إلا في مثل اتق الله في أمري" مثل اذكر وقوفك للحساب، والذي عملته معي مكتوب عليك ونحوه مما هو وعظ، وفيه إشارة فيعرض القاضي عن الإشارة ويرفق به، وقوله: "فليرفق به" الرفق به مثل أن يقول له رزقني الله تقواه، أو يقول ما أمرت إلا بخير وعلينا وعليك أن نتقي الله، أو ذكرني، وإياك الوقوف للحساب، والأعمال كلها مكتوبة. والله أعلم.

ص: ولم يستخلف إلا لوسع عمله في جهة بعدت ش: قال في التوضيح: [إن أذن¹¹⁷⁶] له في/ الاستخلاف أو نص له على عدمه عمل على ذلك. اهـ. وقال ابن عبد السلام: إذا نهي عن الاستخلاف فيتفق على منع الاستخلاف ويتفق أيضا على جواز الاستخلاف إذا أذن له في ذلك من ولاه. انتهى.

105

وقال ابن فرحون: إذا أذن له في الاستخلاف استخلف على مقتضى الإذن. انتهى. وقال في المتبعية: وإذا كان الاستخلاف بإذن الخليفة فلا [تباي¹¹⁷⁷] كان القاضي حاضرا أو غائبا، وكان الإمام ولي قاضيين أحدهما فوق صاحبه. انتهى. وأصله [في النواذر، وإن¹¹⁷⁸] تجرد العقد عن الإذن وعدمه فقال سحنون ليس له الاستخلاف وإن مرض أو سافر، وقال مطرف وابن الماجشون له ذلك إذا مرض أو سافر. قال في التوضيح: ومقتضى كلام ابن الحاجب أن الأول هو المذهب عنده. انتهى. لكونه صدر به وهو ظاهر إطلاق المصنف. والله أعلم. وظاهره أنه يتفق مع عدم المرض والسفر على منع الاستخلاف، ثم قال في التوضيح عن ابن راشد إن هذا إذا استخلف في البلد الذي هو فيه، أما إن كان عمل القاضي واسعا فيريد أن يقدم في الجهات البعيدة فالمشهور الجواز، وقال ابن عبد الحكم لا يجوز إلا بإذن الخليفة. انتهى.

فرع: قال المازري: وعلى قول سحنون بأنه لا يستخلف وإن مرض أو سافر [قال: ¹¹⁷⁹] فإن فعل فقضاء المستخلف لا ينفذ إلا إذا أنفذه القاضي الذي استخلفه. انتهى من التبصرة لابن فرحون. فرع منها: قال في وثائق ابن العطار: ولا يسجل نائب القاضي بما ثبت عنده، فإن فعل فلا يجوز تسجيله ويبطل، ولا [تقوم به للقائم¹¹⁸⁰] حجة إلا أن يجيزه القاضي الذي استخلفه قبل أن يعزل أو يموت، وإن كان استنابة القاضي لنائبه عن إذن الإمام ورأيه وكان ذلك مستفيضا معروفا مشهورا كاشتهار ولاية القاضي فللنائب على هذا الوجه أن يسجل وينفذ تسجيله دون إجازة القاضي وليس

الحديث

1176 - في المطبوع إن أن أذن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 105.

1177 - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب فلا نبال بالنون.

1178 - في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عود ص 105 ويحيى ص 50 ويم ص 47 و م ص 38 ومايأبى 81.

1179 - في المطبوع قالوا وما بين المعقوفين من سيد 17 ويحيى 395 ويم 73 وم 38 ومايأبى 81.

1180 - في المطبوع ولا يقوم به القائم وما بين المعقوفين من تبصرة ابن فرحون ص 49 ج 2.

لأحد رده ولا الاعتراض فيه بوجه من الوجوه، وإذا قلنا النائب لا يسجل فله أن يسمع البينة ويشهد عنده الشهود فيما فيه التنازع وله قبول من عرف منهم بعدالة [ويعقد¹¹⁸¹] عنده المقالات ثم يرفع ذلك كله إلى القاضي الذي استخلفه ويخبره به بحضرة شاهدين ليثبت [بهما¹¹⁸²] عند القاضي إخباره له ويلزم القاضي أن يجيز حينئذ فعل نائبه وينفذ ما ثبت عنده ويسجل به للمحكوم له. انتهى. وانظر قوله: "عن إذن الإمام" هل مراده الإذن العام في التولية أو إذن خاص في عين المستخلف، والظاهر أن مراده الأول إلا أن المتيطي ذكر هذه المسألة إثر ذكره صفة الوثيقة والوثيقة فيها استئذان الأمير فتأمل. والله أعلم.

متن الخطاب

فرع: فإن رفع هذا المستخلف إلى وظيفة القضاء فهل يستأنف ما كان بين يديه من الأحكام ثم يكملها بعد بالتسجيل فيها أم يصل نظره فيها بما تقدم منه في ذلك إلى تمام الحكم فاختلف في ذلك، فقال ابن [عتاب¹¹⁸³] بل يبني على ما قد مضى من الحكومة ولا يبتدئها من أولها. قال: وبذلك أفتيت أبا علي حسن بن ذكوان حين ارتفع من أحكام الشرطة والسوق إلى أحكام القضاء ووافقني أبو المطرف بن فرج وغيره على جوابي، وقال غيره بل يبتدئ/ النظر فيما كان جرى بعضه بين يديه ولم يكن كمل نظره فيه. انتهى من المتيطية.

106

فرع: قال ابن بطلان في مقنعه: قال محمد القاضي: من روايته إذا عزل القاضي ثم ولي بعد ما عزل فهو كالمحدث لا يقبل شهادة من شهد عنده قبل أن يعزل فيما لم يتم الحكم فيه حتى يشهدوا به عنده، وقال ابن سحنون وكان شجرة ولي قضاء بلده قبل ولاية سحنون ثم عزل ثم ولاه سحنون فكتب إليه ما ترى فيما وقع عندي من البينات في المرة الأولى وما كنت عقلته يومئذ فكتب إليه طال الزمان جدا، وأخاف حوالة البينات فما لم تخف من هذا وصح عندك ما كنت عقلته ولم تسترب منه أمرا فأمضه. انتهى. وقول سحنون جار على مذهب المدونة خلاف القول الذي قدمه.

قال في أوائل كتاب الأقضية من المدونة: وإذا مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها لم ينظر فيه من ولي بعده، ولم يجزه إلا أن تقوم بينة عليه، وإن قال المعزول ما في ديواني قد شهدت عليه البينة عندي لم يقبل قوله ولا أراه شاهدا، فإن لم تقم بينة على ذلك أمرهم القاضي المحدث بإعادة البينة وللطالب أن يحلف المطلوب بالله أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد بها أحد عليه فإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة ثم نظر فيها الذي ولي بما كان ينظر المعزول. قال أبو الحسن: عياض: أفادت هذه المسألة بناء القاضي على حكم من قبله، وأنه لا يلزمه الاستئناف [وابتداء¹¹⁸⁴] النظر، وكذلك إذا انتقل من خطة حكم إلى خطة حكم وقد كان نظر في صدر الخصومة في الخطة الأولى وبهذا

1181 - في المطبوع ويعدل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 105 ويحيى ص 50 ويم ص 48 و م ص 38 وما يابى 81.

1182 - في المطبوع به ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 105 وما يابى 81 (ويم ص 48 يثبت بينهما فهما) و (م ص 38 بما).

1183 - في المطبوع عات وما بين المعقوفين من ن ذي ص 105.

1184 - في المطبوع الابتداء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص 50 ويم ص 48 و م ص 38 وما يابى 82.

متن الخطاب أفتى ابن عتاب وغيره من القرطبيين، ورأى غيرهم استئناف النظر، ولا وجه له. انتهى. وقاله ابن رشد في أول مسألة من كتاب الأقضية ولم يذكر فيه خلافاً، ونصه إثر قول العتبية: سئل مالك عن الرجل يأتي بكتاب من والي مكة إلى والي المدينة مثل القاضي والأمير وما أشبهه فلا يصل إلى المدينة حتى يموت الذي كتب له الكتاب وقضى له بالحق، قال مالك: فأرى لصاحب المدينة أن ينفذ ذلك الكتاب ويقضى له بما فيه، رأييت لو أن قاضياً قضى لرجل ثم هلك فجاء آخر بعده أكان ينقض ما قضى ذلك.

قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة جارية على الأصول مثل ما في المدونة والواضحة وغيرهما لا اختلاف فيها، ولا إشكال في معناها لأنه لما كان الأصل أن للقاضي أن ينفذ ما ثبت عنده من قضاء حكام البلد، وإن [كانوا قد¹¹⁸⁵] ماتوا أو عزلوا كما [ينفذ¹¹⁸⁶] ما ثبت عنده من قضاء الحاكم قبله ببلد الميت أو المعزول وجب أن تنفذ كتبهم، وإن كانوا قد ماتوا أو عزلوا قبل وصول كتبهم إليه وقبل انفصالها عن ذلك البلد فيصل حكمه بحكمهم ويبنيه عليه، كما ينفذ ما ثبت عنده أنه مضى من عمل الحاكم قبله المعزول أو الميت فيصل حكمه بحكمه ويبنيه عليه ولا يأمر الخصمين باستئناف الخصام عنده إن كان الشهود قد شهدوا عند الميت أو المعزول [فما¹¹⁸⁷] شهد على ذلك أو كتب به إلى حاكم بلد آخر ثم مات أو عزل نظر الذي ولي بعده أو المكتوب إليه بما شهدوا به كما ينظر في ذلك الميت أو المعزول ولم يأمر بإعادة الشهادة عنده، وإن كانوا قد شهدوا عنده فقبلهم أعذر إلى الشهود عليه فيما شهدوا به دون أن ينظر إلى شهادتهم، وإن كانوا قد شهدوا عنده فأعذر في شهادتهم إلى الشهود عليه فعجز عن الدفع فيها أمضى الحكم عليه دون أن يستأنف الإعذار عليه مرة أخرى، وهذا بين. انتهى. وعلى ذلك اقتصر المؤلف في آخر الباب حيث قال: فينفذه الثاني وبني كأن نقل لخطه أخرى. والله أعلم.

فرع: يتضمن الكلام على حكم قضاة الكور. قال ابن رشد في نوازل في مسائل الأقضية ما نصه: وأما السؤال العاشر فهو في قضاة الكور كغدة وجيان وواد آش وأشباهها يغيبون عنها أو يمرضون أو يشتغلون هل يستنيبون من يحكم بين الناس بغير إذن من ولاهم من قضاة/ القواعد؟ وكيف إن فعلوا ذلك من غير مرض ولا مغيب إلا تخفيفاً عن شغوب الناس؟ فهل تجوز أحكامهم ومخاطبتهم غيرهم من قضاة البلد؟ وهل يجوز لهم ضرب الآجال أو التعجيز في المطالب؟ وهل يقيمون الحد في الخمر وفي الزنا على البكر أم لا؟ وكيف إن كان ذلك بإذن قضاة القواعد؟ فإن كان ذلك جائزاً فكيف يعرف الإذن في ذلك [بقول¹¹⁸⁸] قاضي الكورة أم بإعلام الذي ولاه، وهذا قد تتعذر معرفته؟ بين لنا ذلك كله بيانا شافيا. الجواب عليه: لا يجوز أن يستنيب غيره على شيء من الأحكام وهو حاضر غير

107

1185 - في المطبوع ويم ص48 قد كانوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص50 و م ص38 ومايأبى82.

1186 - في المطبوع يعتقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص50 ويم ص48 و م ص38 ومايأبى82.

1187 - في المطبوع بما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 106 وصوبه الشيخ محمد سالم ب فأشهد وهو الذي في يم48.

1188 - في المطبوع بإذن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 ومايأبى83 ويحيى ص51 القول ويسم ص74 و م ص39.

متن الخطاب مريض، وأما إن غاب أو مرض فيجوز له ذلك إن كان الذي قدمه قد فوض إليه ذلك وجعله له في تقديمه إياه و[كان¹¹⁸⁹] ذلك معلوما من سيرة أحكامه في الكور، وينزل مستخلفه في مرضه أو غيبته منزله في جميع الأمور وإن لم يتضمن ذلك كتاب تقديمه إياه ولا كان ذلك معروفا من سيرة أحكامه في الكور فلا يصح له الاستخلاف، فإن استخلف في مرضه أو سفره وقال إنه أذن له في ذلك صدق في قوله وجازت أحكام مستخلفه؛ إذ قد قيل إنه يستخلف في مرضه وسفره دون إذن الذي قدمه ما لم يحجر عليه ذلك. وبالله التوفيق. انتهى كلام ابن رشد بلفظه، ونقله البرزلي في مسائل الأقضية وقبله.

قلت: قضاة الكور هم النواب الذين يستخلفهم قضاة القواعد في القرى، وقوله في الجواب: "لا يجوز له أن يستنيب غيره وهو حاضر غير مريض" يريد ما لم يأذن له القاضي الذي قدمه في الاستنابة مطلقا، فإن أذن له في الاستنابة مطلقا ولم يسافر جازت له الاستنابة مطلقا بدليل أنه عول في جواز الاستنابة ومنعها على إذن القاضي الذي قدمه دون ضرورة المرض والسفر، فأجاز له أن يستنيب مع المرض أو السفر إذا أذن له في ذلك من ولاه، ومنع من الاستنابة إذا لم يأذن له ولو مرض أو سافر على القول الراجح، فدل على أن المعول في ذلك على الإذن، وعلى هذا فيكون حكم النواب مع من استنابهم حكم القضاة مع السلطان، فإن منعهم الذي قدمهم من الاستنابة فلا يجوز لهم الاستنابة اتفاقا، وإن أجاز لهم الاستنابة جاز أن يستنيبوا على مقتضى الإذن، فإن كان الإذن مطلقا جازت الاستنابة مطلقا وإن كان مقيدا بمرض أو سفر جازت الاستنابة في المرض والسفر، وإن عري عقد التولية عن الإذن وعدمه فالأصح أنه لا يجوز لهم الاستنابة مطلقا، وقيل تجوز الاستنابة عند المرض والسفر هذا ما ظهر لي. والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الأقضية: لفظ الاستنابة والاستخلاف يقتضي النظر في جميع الأشياء إلا ما نص العلماء عليه في الوصايا والأحباس والطلاق والتجوير والقسم والمواريث إلا أن يقصره القاضي على نوع فلا يعدوه إلى غيره. انتهى. ووقعت مسألة وهي شخص ولاه السلطان بلدا وأعمالها، وصرح له بالإذن في الاستخلاف فعرض للقاضي [المشار¹¹⁹⁰] إليه سفر إلى بلد السلطان ففوض جميع ما فوضه له السلطان لإنسان وأسند إليه جميع ما هو داخل في ولايته ومشمول بعمومها، وصرح له بالتفويض ونصب النواب والعزل فأقام ذلك الإنسان المفوض إليه قاضيا بمقتضى الإذن المشروح فهل استنابة الإنسان المذكور المفوض له لهذا القاضي صحيحة أم لا؟ وإذا كانت صحيحة فهل يجوز التعرض لنقض أحكام هذا القاضي المشار إليه أم لا؟ فأجاب الشيخ العلامة ناصر الدين اللقاني بما نصه: قد نص علمائنا على أن القاضي إذا فوض إليه الإمام الأعظم القضاء وأذن له في الاستخلاف جاز ذلك وعمل به، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: "ولو تجرد عقد التولية عن إذن الاستخلاف لم يكن له استخلاف" فقال شارحه الشيخ خليل في توضيحه: إن أذن له في الاستخلاف

1189 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 ويحيى ص 51 ويم ص 48 و م ص 39 وميaby 83.

1190 * - في المطبوع المشار وم 39 وميaby 83 والمثبت من يحيى 396 يم 75.

أو نص له على عدمه عمل على ذلك، وقال ابن عرفة: والقاضي إن أذن له في استخلافه جاز استخلافه ومن المعلوم أن الاستخلاف في هذه النصوص/ لفظ عام يتناول كل استخلاف، سواء كان استخلافًا على نفس القضاء والحكم، أو استخلافًا على تولية وظيفة القضاء والحكم، وإن كان الأول هو الغالب في الفعل عرفًا وكونه هو الغالب في الفعل عرفًا لا يخصص العام؛ لأن المخصص للعام هو القول لا الفعل كما تقرر في محله من أصول الفقه، وإذا تقرر عمومته فحيث فوض الإمام إلى القاضي القضاء وأذن له في الاستخلاف كان الإذن المذكور إذنًا له في استخلاف من يباشر القضاء والحكم، [واستخلاف من يولى وظيفة القضاء والحكم¹¹⁹¹] لمن يصلح شرعًا، فإذا فوض القاضي المذكور لإنسان ما فوضه له السلطان من القضاء، ومن الاستخلاف المذكور كان هذا التفويض من القاضي المذكور لذلك الإنسان في القضاء والاستخلاف صحيحًا مأذونًا له فيه من السلطان، فإذا استخلف هذا الإنسان في وظيفة القضاء من هو أهل لذلك شرعًا كان هذا الاستخلاف صحيحًا معتبرًا معمولًا به لاستناده إلى إذن السلطان، فأقضية هذا المستخلف الأخير الذي استخلفه ذلك الإنسان صحيحة، وأحكامه نافذة لا يجوز التعرض لها بنقض ولا تعقب. والله سبحانه أعلم بالصواب. انتهى جوابه، وما قاله ظاهر.

فرع: في استنابة القاضي بغير عمله قال البرزلي: سألت شيخنا الإمام عن مسألة نصها: جوابكم في قاضي عمالة سافر إلى غيرها، وقد كان المقام العالي أسماه الله أذن له في النيابة عنه في عمالته بخلاف ما يرجع إليها فسافر القاضي المذكور ولم يستتب، وقد كان بدأ الحكم في قضية تدمية بشهادة عدول ولم يكملها [فرغبه¹¹⁹²] بعد سفره المذكور أهل القضية المذكورة في الاستنابة فيها حتى يكمل، فهل يسوغ له ذلك في القضية المذكورة وهو بغير عمالته لاستناده إلى ما سبق له فيها من إذن الإمام، أم لا يسوغ له ذلك لكونه كحكمه في غير عمله؟ وكيف إن سوغتم له الإذن فهل يكفي خطه لمن استنابه وعينه لذلك، أم لا بد من الإشهاد عليه في الاستنابة المذكورة بغير عمالته؟ فإن استناب على أحد الوجهين وقد كان شهد عنده العدول في التدمية المذكورة ومن فصولها أنهم لا يعلمون الميت المذكور برئ من الجرح المذكور إلى أن مات، فشهد عند النائب عنه شهود استرعاء زكاهم عدول بأن الميت المذكور مات عن صحة بينة ليس من جرح بحال، فهل يعمل على هذه الثانية لكونها أثبتت غير ما ذكرته الأولى وإن كانت الأولى أعدل أم لا؟ فإن عمل على الثانية فهل يلزم المدعى عليه أدب، أو يسرح؟ وإن حكم بأدبه فهل يكفي ما مضى من سجنه، وله اليوم قريب من ثلاثة أشهر مسجون مصفد في الحديد أم لا؟ أفنتا بالجواب في ذلك.

فأجاب: الاستنابة المذكورة صحيحة عاملة ولا يدخلها الخلاف الحاصل من نقل ابن سهل لأن سماع البينة أقرب للحكم من مجرد الاستنابة، ويقوم جوازها من مسألة العريش من المدونة وثبوت البينة للحكم بالصحة المذكورة ويسقط حد الضرب والسجن، وتقدم حبسه المذكور يسقط استئناف أدبه ويكفي فيه. والله أعلم. انتهى جوابه. وما ذكره من أن الاستنابة أخف من سماع البينة يشهد له ما تقدم لابن رشد أنه يكفي فيها خط القاضي وقبول قوله إن وقع، وما ذكره من أنه يقوم

¹¹⁹¹ ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 ويحيى ص 51 ويم ص 49 و م ص 39 وما يابى 84.

¹¹⁹² * - كذا في النسخ وفي مطبوعة البرزلي، ج 4 ص 267 فرغب.

متن الخطاب جوازها من مسألة العريش هي من اكثرى دابة من رجل ليحمل عليها دهنًا من مصر إلى فلسطين فغره منها فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش، وقال غيره قيمته بمصر إن أراد لأنه منها تعدى. قلت: فإذا اعتبر على قول الغير محل الإذن فهل محل القاضي هنا فلا [يستنيب¹¹⁹³] لأنه في غير محله ومن اعتبر ما آل إليه الأمر وهو وقوع العثور فينظر تحصيله، فمتى ما حصل رتب الحكم عليه فيتخرج على هذا خلافا في هذه المسألة، وما ذكره من إعمال شهادة الصحة هو أحد الأقوال من مسائل منها شهادة الصحة والمرض، ويليهما الحكم للأعدل، وما ذكره من أن ما مضى يكفي في أدبه هو اختيار ابن الحاج على ما يأتي إذا سقط الدم بأي وجه سقط فيؤدب بحسب الاجتهاد ولا يبلغ به السنة، خلاف اختيار ابن رشد إذا قوي طلب الدم، ثم سقط الموجب، فلا بد من استثناء ضرب مائة وحبس سنة. انتهى كلام البرزلي. وما ذكره من أنه تقدم لابن رشد هو ما نصه: وسئل عمن يستنيبه القاضي في المسألة هل يكتفي المستناب بخطه إلى أمير المصّر أو جماعته كما يكتفي بخط السلطان في التقليديات كلها حسبما نص عليه أهل العلم إذ هي استنابة، أم لا بد من إثبات ذلك بشاهدين كسائر الأحكام؟ فأجاب بأنه يكتفي فيه بأيسر الأشياء من معرفة الخط وشبهه؛ إذ لم يقتض حكما يلزم ثبوته، ولو نهض المستناب لما أمر به من غير كتاب لمضى الأمر كما لو كان الكتاب. قلت: شبه ما لو حكما رجلين بينهما. انتهى. ويقع في نسخ البرزلي كما يكتفي بخط السلطان في الشهادات، والذي في كتاب الأقضية من نوازل ابن رشد في التقليديات كما تقدم، وهو الصواب، ومسألة العريش في كتاب كراء الدواب والرواحل من المدونة في أواخره وفلسطين بكسر الفاء والعريش بفتح العين المهملة موضع. قاله في التنبيهات. والله أعلم.

فرع: قال في الإرشاد: وله الاستعانة بمن يخفف عنه النظر في الأحباس والوصايا وأموال اليتامى. قال الشيخ زروق في شرحه: قال في الجواهر: ينبغي له أن يستبطن أهل الخير والأمانة والعدالة ليستعين بهم على ما هو بسبيله، ويقوى بهم على التوصل إلى ما ينويه، ويخففوا عنه ما يحتاج فيه إلى الاستنابة فيه كالنظر في الأحباس والوصايا والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك. قال: والأقرب عندي أنه إن كان عاجزا عن ذلك إلا بهم فهو واجب، وإلا فمستحب. انتهى. وقال المتيطي: للقاضي أن يقدم على المناكح ناظرا ينظر فيها ويتولى عقد فصولها ومعانيها، ويجوز للمقدم النظر فيما قدم من ذلك عليه دون مطالعة من ولاه ومشاورته، ونقله عنه ابن عرفة. ثم قال المتيطي: قال بعض الموثقين ولا مدخل لهذا المقدم عندي في العقد على من لها ولي حاضر يعضلها عن النكاح لأن ذلك يحتاج إلى ثبوت عضلها والحكم بالنكاح عليه إلا أن يكون لعضله وجه يعرف، وليس ذلك لصاحب هذه الخطة إلا أن ينص على ذلك في تقديمه نصا. ومنه: للقاضي أن يقدم على الحسبة ناظرا ينظر فيها، وللقاضي تقديم صاحب الأحباس لينظر في حبسات جامع حضرته ومساجدها وإصلاح ما [وهي¹¹⁹⁴] منها وكرائها وقبض

1193 - في المطبوع يستنيبها وما بين المعقوفين من ن ذ ص 108 وم 39 ويحيى 371 ويم 75 وما يابى 84.

1194 - في المطبوع وم 40 هي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 109 ويحيى 52 ويم 50 وما يابى 85.

غلاتها، ويصرفه في مصالحها، وذلك من الأمور التي لا بد منها ولا غنى عنها، وهي من أهم ما ينظر فيه ويقدم له، وتجاوز أفعال المقدم بذلك ما وافق السداد ولم يخرج عن طريق الاجتهاد. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: ابن محرز: ولم يختلفوا أن القاضي ليس له أن يوصي بالقضاء عند موته لغيره بخلاف الوصي والإمام الأكبر، وضابط ذلك أن كل من ملك حقا على وجه لا يملك معه عزله فله أن يوصي به ويستخلف عليه، كالخليفة والوصي والمجبر يعني في النكاح على ما ذهب إليه ابن القاسم وإمام الصلاة، وكل من ملك حقا على وجه يملك معه عزله عنه فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو كان مفوضا إليه أو خليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك. انتهى.

متن الخطاب

وقال ابن عرفة: وفي النوادر عن الواضحة، وظهره أنه لابن الماجشون: ليس للقاضي أن يستخلف بعد موته. انتهى. وانظر قوله في التوضيح عن ابن محرز: وإمام الصلاة، ظاهره أنه لا يملك الإمام عزله، وقال في الذخيرة في الباب العاشر في العزل ما نصه: الفرع السابع: قال بعض العلماء من التصرفات ما تتوقف صحته على الولاية كالقضاء والوكالة والخلافة، ومنها ما يصح بغير ولاية كالخطابة والإمامة، فالقسم الأول يقبل العزل من جهة المولي والمتولي، والقسم الثاني لا يقبل العزل من جهة المتولي، بل من جهة المولي؛ لأن [صحة¹¹⁹⁵] الخطابة لا تنفك عن المتصف بها حتى تذهب أهليته، فلا يتمكن من عزل نفسه لأن صحة تصرفه لا تكفي فيه الأهلية فلعزله نفسه أثر فكان [ممكنا¹¹⁹⁶] وأما ما يطلق للخطيب فتركه إياه/ ليس عزلا، وعلى هذا ليس للخليفة في نصب الخطيب إلا تسويغه المطلق للخطابة، إلا أنه يفيد أهلية التصرف ومنع المزاومة للخطيب والإمام بعد الولاية فليس ذلك ولاية، إنما هو من صون الأئمة عن أسباب الفتن والفساد، ويظهر لهذا البحث أن صحة التصرف في الخطيب سبب الولاية، وفي القاضي ونحوه الولاية سببه، فبين البابين فرق عظيم فلذلك يقبل أحدهما العزل مطلقا دون الآخر. انتهى. وفي أسئلة الشيخ عز الدين بن عبد السلام ما تقول في الائتمام بالمستخلف في الإمامة إذا لم يأذن الناظر في ذلك هل يجوز؟ فأجاب الائتمام بالمستخلف صحيح؛ لأن الائتمام لا يتوقف إلا على صحة الصلاة وصلاته صحيحة مسقطة للقضاء فجاز الائتمام به. انتهى.

110

فرع: علم من قوله في التوضيح بخلاف الوصي أن [للوصي¹¹⁹⁷] أن يوصي بما إليه وأن يوكل غيره في حياته. قال في المتيضية: ولا يجوز لمقدم القاضي على النظر لليتيم أن يوكل [بما جعل¹¹⁹⁸] إليه أحدا غيره [حتى لو¹¹⁹⁹] مات، ولا أن يوصي به إلى أحد وهو خلاف وصي الأب، وقاله ابن أبي زمنين وابن الهندي وغيرهما من الموثقين، وحكى بعض الموثقين أن الذي مضى عليه الحكم أن حكم مقدم القاضي على من قدم عليه كحكم الوصي من قبل الأب في جميع أموره؛ لأن القاضي أقامه مقام الوصي. قاله

الحديث

1195 - ساقطة من من المطبوع ویم 75 وما بین المعقوفین من ن ذی ص 109 ویحیی 397.

1196 - * فی المطبوع متمکنا وما بین المعقوفین من یحیی 397 م 40 ویم 76 والذخیرة ج 8 ص 22.

1197 - * فی المطبوع للموصي وما بین المعقوفین من یم 76 ویحیی 397 وسید 17 وما یابی 86 وم 40.

1198 - * فی المطبوع ما وما بین المعقوفین من تصحیحات الشیخ محمد سالم وهو الذی فی م 40 ویحیی 397 ویم 50 وسید 18 وما یابی 86.

1199 - فی المطبوع حی أو وما بین المعقوفین من م 40.

وَأَنْعَزَلَ بِمَوْتِهِ لَا هُوَ بِمَوْتِ الْأَمِيرِ وَلَوْ الْخَلِيفَةُ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَهُ أَنَّهُ قَضَى بِكَذَا وَجَارَ تَعَدُّدُ مُسْتَقِلٍّ
أَوْ خَاصٍّ بِنَاحِيَةٍ أَوْ نَوْعٍ وَالْقَوْلُ لِلطَّالِبِ ثُمَّ مَنْ سَبَقَ رِسُولُهُ وَإِلَّا أُقْرِعَ كَالْإِعَاءِ.

بعض الشيوخ فعلى هذا يكون لمقدم القاضي أن يوكل في حياته من يقوم على المحجور مقامه. انتهى.
ص: وانعزل بموته ش: قال ابن الحاجب: وإذا مات المستخلف لم ينعزل مستخلفه ولو كان
الخليفة قال في التوضيح المستخلف بكسر اللام [ومستخلفه¹²⁰⁰] / بفتحها وظاهره الإطلاق فيتناول
الإمام والأمير والقاضي وهو مقيد بما عدا القاضي ونائبه فإن نائب القاضي ينعزل بموت القاضي. نص
عليه مطرف وأصبغ وابن حبيب. ابن رشد: ولا أعلمهم اختلفوا فيه، قيل ولعله أراد المتقدمين، وإلا
فقد نقل ابن العطار الخلاف عن فقهاء زمانه في موت الإمام وجعلوا مثله مقدم القاضي للنظر على
الآيتام. انتهى. وانظر هذا الذي ذكره المؤلف مع ما نقله ابن عرفة عن المتيطي، ونصه: المتيطي: ولا
ينعزل مقدم القاضي عن يتيم بموته أو عزله ولا خلاف فيه. ابن العطار: اختلف فيها فقهاؤنا، ولذا
استحسنوا ذكر إمضاء الثاني تقديمه. انتهى.

ونص المتيطية لما أن تكلم على تقديم القاضي ناظر الأحباس: وإذا مات القاضي المقدم له أو عزل
فتقديمه تام حتى ينقضه الوالي الذي بعده لعله ما، إما [لاستعفاء¹²⁰¹] أو لريبة تظهر من المقدم،
وليس يحتاج أن يقول فيما يدفعه من النفقات وغيرها قبل أن يعزل الوالي الثاني أن الوالي أمضاه؛
إذ ليس ينفك تقديم قاض بموته ولا عزله حتى ينقضه الوالي بعده [ويصرح بفسخه¹²⁰²] وعزله؛
لأن القاضي [المتوفى¹²⁰³] أو المعزول قدمه في وقت يجوز له فيه التقديم، فذلك على التمام حتى
ينقضه الوالي بعده لعله ما كما قدمناه، وتقديمه من نظر أحكامه التي لا تنقض بموته ولا بعزله،
وكذلك إذا مات الإمام الذي تؤدي إليه الطاعة؛ وقد قدم قضاة وحكاما فأقضيتهم نافذة، وأحكامهم
جائزة فيما بين موت الأول وقيام الثاني، وكذا بعد قيامه وقبل أن ينفذ لهم الولاية، وهم بمنزلة ولاية
الآيتام يقدمهم القاضي ثم يموت أو يعزل، فتقديمه لهم ماض، وفعلهم جائز، ولا يحتاج أن يمضيه
القاضي الذي ولي بعده.

قال ابن العطار: ونزلت عندنا، واختلف فيها فقهاؤنا، وفيها اختلاف قد قيل إن أحكامهم في الفترة
غير نافذة، وينقض ما حكموا به قبل أن يمضي الإمام القائم بتقديمهم ولايتهم. قال: وتنعقد عنده
على هذا المذهب في أمر المتقدمين للآيتام أن يذكر إمضاء القاضي الثاني للتقديم للخروج من الخلاف،
ويوجد هذا العقد في الوثائق القديمة، ولم يلتزم الشيوخ قديما عقده إلا للاختلاف الواقع فيه فيخرج
بذكره من الخلاف. قال: والقول الأول في أن أحكام الحكام نافذة قبل إمضاء الإمام الوالي لولايتهم
أحسن. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

قال ابن عبد السلام: وعندي أن ما قالوه من انعزال نائب القاضي بموت القاضي صحيح إن كان القاضي

الحديث

1200 - في المطبوع ويم ص 50 و م ص 40 مستخلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 ويحيى ص 52
وما يابى 86.

1201 - في المطبوع الاستغناء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 ويحيى ص 53 و م ص 40 ويم ص 76
وما يابى 86.

1202 - في المطبوع وبه صرح عن وما بين المعقوفين من عدود ص 11 وأقره الشيخ محمد سالم.

1203 - في المطبوع المفتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 ويحيى ص 53 و م ص 40 ويم ص 50 وما يابى 86.

نص خليل

وَتَحْكِيمٍ غَيْرِ خَصْمٍ وَجَاهِلٍ وَكَافِرٍ وَغَيْرِ مُمَيِّزٍ فِي مَالٍ وَجَرْحٍ لَا حَدَّ وَلِعَانٍ وَقَتْلٍ وَوَلَاءٍ وَنَسَبٍ وَطَلَاقٍ وَعِتْقٍ.

متن الخطاب

استنابه بمقتضى الولاية، على القول بأن له ذلك، وأما إن استناب رجلا معيناً بإذن الإمام الأمير أو الخليفة فينبغي أن لا ينعزل ذلك النائب بموت القاضي، ولو أذن له في النيابة إذنا مطلقاً فاختار القاضي رجلاً ففي انعزاله بموت القاضي نظر. انتهى. قال في التوضيح: وانظر ما الفرق بين نائب القاضي في انعزاله وبين نائب الأمير في عدم انعزاله، وقد استشكله فضل وغيره. انتهى. وقال البرزلي في أوائل النكاح: وسئل ابن رشد عن أمير مدينة كتب إلى الأمير الأعلى في تقديم قاض وعين رجلاً، فكتب إليه بتوليته، ففعل، وكتب له صكا بتقديمه على أمر الأمير الأعلى فحكم بذلك ثم ولي صاحب مناكح فحكم بطول حياة القاضي، وهو يعلم الأمير فمات القاضي وبقي صاحب المناكح على خطته وطريقته من شهادة الفقهاء عنده والأعلام بذلك فيما يرجع للنكاح والطلاق، فهل تحترم أحكامه بعد موت القاضي، أو تفسخ؟ فأجاب لا تنقض أحكامه بموت القاضي، وهو على خطته حتى يعزله من ولي بعد الأول، وفعله جائز صحيح.

قلت: لأن من ولي القاضي الأول مطلع على تقديم، هذا فكأنه قدمه، ومثله مقدم القاضي على محجوره إذا عزل القاضي فالمقدم على حاله لا يغير لأن ما فعله القاضي في غيره وتقرر حكمه فيه فإنه ماض لا يغيره عزله ولا موته. انتهى. وفي مسائل الأقضية من نوازل ابن رشد: ومن حق الوصي إذا عزله غير الذي قدمه أن يبين له القاضي الذي عزله الوجه/ الذي من أجله عزله، وأن يعذر إليه فيمن شهد عليه بالمعنى الذي أوجب عزله؛ إذ ليس له أن يعزله إلا بأمر يثبت عليه عنده، وأما إن عزله الذي ولاه، فإن كان عزله بأمر رآه باجتهاده فليس عليه أن يعلمه به، وإن كان عزله لدرجة ثبتت عنده عليه فمن حقه أن يعذر إليه في ذلك، وإن عزل الوصي نفسه عن النظر لليتيم فليس له ذلك إلا من عذر؛ لأنه حق لليتيم أوجهه على نفسه. انتهى. وذكر فيه في أوائل الأقضية عزل القاضي من قدمه غيره من قاض أو وصي أو غيره وعزل نفسه.

ص: وتحكيم غير خصم ش: قال ابن الحاجب: فلو حكم خصمه فثالثها يمضي ما لم يكن المحكم القاضي. قال ابن عبد السلام: هذه الأقوال صحيحة حكاها غير واحد، وأشار بعضهم أو صرح بنفي الخلاف في أن حكمه غير ماض، وحكى بعضهم أنه يمضي لكنه لم يتعرض إلى نفي الخلاف. انتهى. ونقله في التوضيح، وجزم ابن فرحون في تبصرته بالجواز فقال: مسألة: وإذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى ما لم يكن جوراً بينا وليس تحكيم الشخص خصمه كتحكيم خصم القاضي [القاضي]¹²⁰⁴ قال أصبغ: لا أحب ذلك، فإن وقع مضى، وليذكر في حكمه رضاه بالتحاكم إليه، وقيل لا يجوز حكمه لنفسه، وقيل يجوز. انتهى فتأمله. وظاهر كلامهم أن هذا بعد الوقوع، وانظر هل يجوز ابتداء، وانظر قول ابن فرحون: "جاز ومضى" هل معناه جاز ابتداء، أو بعد الوقوع والنزول؟ فتأمله.

ص: وجاهل ش: قال في التوضيح: قال ابن راشد: وأشار المازري واللخمي إلى أن الجاهل يتفق على

الحديث

نص خليل

وَمَضَى إِنَّ حَكَمَ صَوَابًا وَأَدَّبَ وَصَبِيٌّ وَعَبْدٌ وَامْرَأَةٌ وَفَاسِقٌ ثَالِثُهَا إِلَّا الصَّبِيَّ وَرَابِعُهَا إِلَّا وَفَاسِقٌ.

متن الخطاب

بطلان حكمه لأن تحكيمه خطر وغرر. ثم قال في التوضيح: ونص اللخمي على أنه لا يلزم حكم المحكم إذا كان مالكيًا -والخصمان كذلك- إذا خرج عن قول مالك وأصحابه وإن لم يخرج باجتهاده عن ذلك لزم. انتهى. وفي التبصرة لابن فرحون: إذا حكم الحاكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم، وقال اللخمي: إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد أو عامياً، واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد وإن وافق قول قائل؛ لأن ذلك تخاطر منهما.

وقال المازري: لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء. قال: فإذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكيًا ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج لم يلزم إذا كان الخصمان مالكيين لأنهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه، وكذلك إذا كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك. انتهى. فتأمل آخر كلامه مع أوله، والظاهر أن الأخير مقيد للأول، وظاهر قوله إذا كان مالكيًا ولم يخرج عن مذهب مالك لزم حكمه، سواء كان الخصمان كذلك أم لا، ومفهوم قوله: إذا كان الخصمان مالكيين أنهما لو كانا شافعيين وحكم/ بينهما بمذهبهما وترك مذهبه لزم حكمه. فتأمل. والله أعلم. وقال في الذخيرة بعد ما نقل كلام اللخمي: وهذا الكلام يقتضي أن مراده بالاجتهاد الاجتهاد في مذهب معين، لا الاجتهاد على الإطلاق. انتهى. وفي العمدة وإذا حكما رجلاً ورضياً بحكمه لزمهما حكمه إذا كان جائزاً شرعاً وإن خالف حكم البلد، بخلاف التحكيم في الشهادة فله الرجوع عنه. انتهى. يعني -والله أعلم- إذا قال ما شهد به علي فلان فهو حق.

113

ص: ومضى إن حكم صواباً وأدب ش: ظاهر كلام المؤلف أنه يؤدب، سواء أنفذ الحكم أم لم ينفذه بنفسه، ولكنه حكم به ورفع إلى القاضي ينفذه [والذي نقله¹²⁰⁵] في التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة وفي الذخيرة وابن يونس وابن فرحون أن الأدب إنما يكون إذا أنفذ الحكم بنفسه، أما إذا حكم ولم ينفذ فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة، ونص ما في التوضيح: قال أصبغ: إذا حكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة زاد ابن عبد السلام: ويقيم الحد وغيره. انتهى. ثم قال في التوضيح: وإن فعل المحكم ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو حد ثم رفع ذلك إلى الإمام أدبه السلطان وزجره وأمضى ما كان صواباً من حكمه. انتهى. ونقله القرافي وغيره عن سحنون، وزاد القرافي وابن فرحون بعد هذا الكلام الأخير: وبقي المحدود محدوداً [والتلاعن¹²⁰⁶] ماضياً. اهـ. فتأمل ذلك، فإنه ينبغي أن يقيد به كلام المؤلف. والله أعلم.

ص: وفي صبي وعبد الخ ش: تصوره واضح. وأدخل معهم ابن رشد المولى عليه. نقله عنه الشيخ أبو الحسن في كتاب الأقضية عند قوله: ولو أن رجلين حكما رجلاً، والمستثنى في القول الثالث والرابع هو ما ذكره المصنف على حاله. فتأمل. والله أعلم.

الحديث

¹²⁰⁵ - في المطبوع حكم به وما بين المعقوفين من نعود ص 113 ويحيى ص 54 و م ص 41 ويم ص 51 وما يابى 88.

¹²⁰⁶ - في المطبوع التداعي وما بين المعقوفين من نعود ص 113 ويحيى ص 54 و م ص 41 ويم ص 51 وما يابى 88.

نص خليل وَضَرَبُ خَصْمٍ لَدَّ وَعَزْلُهُ لِمَصْلَحَةٍ وَلَمْ يَنْبَغِ أَنْ شَهْرَ عَدْلًا بِمُجَرَّدِ شَكِيَّةٍ وَلَيْبَرَأَ عَنْ غَيْرِ سُخْطٍ وَخَفِيفٍ تَغْزِيرٍ بِمَسْجِدٍ لَا حَدًّا.

متن الخطاب ص: وضرب خصم لد ش: قال في أول كتاب الأقضية من المدونة: ولا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لده. أبو الحسن: قوله إذا تبين لده معناه إذا ثبت ببينة، إذ لا يقضى بعلمه إلا في التعديل والتجريح. انتهى. وفي رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: سئل مالك عن الرجلين إذا اختصما وألد أحدهما فعرف ذلك منه القاضي أترى أن يعاقبه؟ فقال: نعم، إذا تبين ذلك منه ونهاه، فأرى أن يعاقبه. قال ابن رشد: هذا كما قال لأن [إلداد¹²⁰⁷] أحد الخصمين بصاحبه إذاية له وإضرار به، وواجب على الإمام أن يكف أذى بعض الناس عن بعض ويعاقب عليه بما يؤدي إليه اجتتهاده. انتهى. ومثله في سماع أصبغ، فتأمل كلام ابن رشد فإنه يدل على أنه واجب، وقال ابن فرحون في الأمور التي ينبغي للقاضي منع الخصوم منها أن الغريم إذا دعا غريمه فلم يجبه أدبه وجرحه إن كان عدلا، فإن تغيب شدد القاضي عليه في الطلب، وأجرة الرسول على الطالب، فإن تغيب المطلوب وتبين لده فالأجرة عليه، ونحو ذلك للخصمي، وقال ابن الفخار: ولا يلزم المدعى عليه شيء، والمرجح عندهم الأول، وانظر أحكام ابن سهل والمسألة مبسوبة في باب القضاء بالنكول عن مجلس القاضي، وفي مفيد الحكام لابن هشام: من استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين. ثم قال: ومنها أنه ينبغي له أن يمنع من رفع الصوت عنده، فإن ذلك مما يبرمه ويضره ويحيره. انتهى.

ص: وعزله لمصلحة ش: ابن عرفة: ويجب تفقد الإمام حال قضاياه فيعزل من في بقائه مفسدة وجوبا فورا، ومن يخشى مفسدته استحبابا، ومن غيره أولى منه عزله راجح. انتهى. ثم قال: المازري إذا كان في العزل مصلحة للعامة أمر الإمام بالمناداة إليه، وإن وجد الإمام أفضل ممن ولي فله عزله لتولية الأفضل وإن لم يجد إلا من هو دونه فلا يعزله، فإن عزله فلا ينفذ عزله. قلت: في عدم نفوذ عزله نظر، لأنه يؤدي إلى لغو توليته غيره فيؤدي ذلك إلى تعطيل أحكام المسلمين انتهى. /

114

ص: ولم ينبغ إن شهر عدلا بمجرد شكية ش: مفهوم قوله: "إن شهر عدلا" أن غير المشهور عدالته يعزل بمجرد الشكية، وحكى ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال، ونصه: وعزله بالشكائية به إن لم يكن مشهورا بالعدالة في وجوبه بها أو الكتب إلى صالحه بلده ليكشفوا عن حاله فإن كان على ما يجب وإلا عزل، ثالثها إن وجد بدله، وإلا فالثاني للشيخ عن أصبغ وغيره ومطرف. انتهى.

ص: وخفيف تعزيز بمسجد ش: قال في التوضيح: قال مالك: كالحمسة الأسواط والعشرة. انتهى. ص: لا حد ش: قال في المدونة: ولا يقيم في المسجد الحدود وشبهها. أبو الحسن: لأن في ذلك إهانة له والله يقول: ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ﴾ وقوله وشبهها يعني التعزيرات الكثيرة انتهى وقال

نص خليل
وَجَلَسَ بِهِ بِغَيْرِ عِيدٍ وَقُدُومِ حَاجٍّ وَخُرُوجِهِ وَمَطَرٍ وَنَحْوِهِ وَاتَّخَذَ حَاجِبٍ وَبَوَابٍ وَبُدئَ بِمَحْبُوسٍ ثُمَّ
وَصِيٍّ وَمَالٍ طِفْلٍ وَمَقَامٍ ثُمَّ ضَالَ.

متن الخطاب
ابن الحاجب ولا تقام الحدود في المسجد. قال في التوضيح: هو محتمل للمنع لأنه ذريعة إلى أن يخرج
منه ما ينجس المسجد والكراهة تنزيها له. انتهى.

ص: وجلوس به ش: قال ابن عبد السلام: الأقرب في زماننا اليوم الكراهة، وتبعه في التوضيح،
وقال في الذخيرة: قال اللخمي: الرحاب أحسن؛ لأن المسجد ينزه عن الخصومات. قال صاحب
المنتقى: المستحب الرحاب الخارجة عن المسجد ثم ذكر الخلاف. ثم قال: قال صاحب المقدمات
يستحب جلوسه في الرحاب، الخارجة عنه، فوافق الباجي واللخمي ولم يحك خلافا، وكلام الباجي
وابن رشد هذا يدل على أنهم فهموا أن المشهور ما قالوه، ويعضده قوله كل من أدركته من القضاة لا
يجلسون إلا في الرحاب فدل على أن العمل على ذلك، والعمل عنده مقدم. انتهى.

فرع: يستحب للقاضي أن يستقبل القبلة في جلوسه. قاله ابن عرفة في كلامه على مجلس القاضي، ثم
قال بعده بنحو الورقتين: وينبغي له أن لا يتضاحك مع الناس. انتهى.

ص: بغير عيد إلى آخره ش: عدم جلوسه على جهة الأولى. قال ابن الحاجب وغيره لا ينبغي،
وقال ابن فرحون: وكذلك يوم شهود المهرجان، وحدث ما يعم من سرور أو ضرر. وقال في المتيطة:
ولا بأس أن يترك النظر يوم الجمعة. انتهى. ونقله ابن فرحون. والله أعلم.

ص: وبدئ بمحبوس الخ ش: كذا ذكره في التوضيح. وقال ابن فرحون في تبصرته: ويلزمه أن
يكون أول ما يبتدئ به الكشف عن الشهود والموثقين، فيعرف حال من لا يعرف حاله/ منهم
ويفحص عن عدالتهم فمن كان عدلا أثبتته ومن كان فيه جرحه أسقطه وأراح المسلمين من إذايته، ولا
يحل له أن يترك غير المرضي ينصبه للناس فإنها خديعة للمسلمين ووصمة في شعائر الدين، وعليه أن
يصرح بعزل هؤلاء ويسجل على شاهد الزور كتابا مخلدا بعد عقوبته، وكذلك يجب عليه الكشف عن
المحبوسين. انتهى. فتأمل كيف جعل أول ما يبدأ به الشهود وهو الظاهر؛ لأن مدار الأمر كله
عليهم، وإذا ولي قضاء غير بلده فنقل في التوضيح عن المازري أنه يسأل عن عدول البلد قبل خروجه.
قال: وينادي مناد يشعر الناس باجتماعهم لقراءة سجله المكتوب بولايته، فإذا فرغ نظر في مكانه
الذي يجلس فيه والعدل أن يكون في وسط البلد. انتهى. وقال ابن عرفة: المازري إذا ولي قضاء غير
بلده ينبغي له قبل خروجه بحثه عن عدول البلد الذي يقدم عليه، إن كان بمكانه من يعرف حالهم
ليكون على بصيرة من حالهم، وقد يفتقر في حال قدومه للاستعانة بأحدهم.

قلت: ولهذا المعنى كنت أفهم من بعض من لقيت ممن يقتدى به أنه قال ينبغي لمن هو بحديثة ولاية
القضاء أو الشورى فيما يعرض من الولايات الشرعية أن يسمع ما يذكر في بعض أبناء الزمان ممن
يعتبر قوله وحده أو مع غيره بنية البناء عليه أحكام التعديل والتجريح لا بنية التفكه وليس ذلك من
سماع الغيبة، ومنع ذلك يوجب تعطيل الأحكام أو تولية من لا تحل توليته، ولولا هذا ما صح ثبوت
تجريح في راو ولا شاهد ولا غيره. انتهى.

نص خليل

وَنَادَى يَمْنَعُ مُعَامَلَةَ يَتِيمٍ وَسَفِيهِ وَرَفَعَ أَمْرَهُمَا إِلَيْهِ ثُمَّ فِي الْخُصُومِ وَرَتَّبَ كَاتِبًا عَدْلًا شَرْطًا.

متن الخطاب

ص: ونادى بمنع معاملة يتيم الخ ش: حقه أن يذكر مع قوله ثم وصي وما معه، وكذا ذكره ابن فرحون وأبو الحسن وغيرهما. قال في التبصرة لابن فرحون: تنبيه: وهذا النداء في حق السفيه إنما يكون على مذهب من يرى أن أفعال السفيه جائزة ما لم يول عليه أو يضرب على يديه وهو مروي عن مالك وعليه أكثر أصحابه، وأما على مذهب من يرى أن أفعاله مردودة وهو قول ابن القاسم ومطرف فلا يحتاج إليه. انتهى.

ص: ورتب كاتباً عدلاً شرطاً ش: اعلم أن ترتيبه للكاتب وللمزكي والمترجم على جهة الأولوية هذا ظاهر عباراتهم فإن أبا الحسن الصغير والقرافي جعلاه من [أدب] ¹²⁰⁸ القضاء، وقوله عدلاً قال ابن فرحون ذكر بعضهم في صفاته أربعة: العدل والعقل والرأي والعفة وقوله: شرطاً كذا في بعض النسخ، وفي بعضها مرضياً، وهي الأولى لأن العدالة ليست شرطاً. قال ابن فرحون في تبصرته: قال ابن شاس: ولا تشترط العدالة في الكاتب، ولعله يريد أن القاضي يقف على ما يكتب. انتهى. إلا أنني لم أر في الجواهر ما عزاه لابن شاس.

قال ابن عبد السلام: وظاهر نصوصهم أنه لا يستعين مع القدرة إلا بالعدول، فإن لم يجدهم جاز الاستعانة بغيرهم. ثم قال: وقول ابن القاسم في المدونة: ولا يستكتب القاضي أهل الذمة في شيء من أمور المسلمين ولا يتخذ قاسماً من أهل الذمة، ولا عبداً ولا مكاتباً، ولا يستكتب من المسلمين إلا العدول المرضيين فلعل هذا مع الاختيار. انتهى. وقال أبو الحسن إثر كلام المدونة: هذا إذا وجد وإلا الأمثل فالأمثل. انتهى.

وقال في التوضيح: ظاهر ما حكاه المتيطي عن ابن المواز أن عدالة الكاتب من باب الأولى؛ لكن قال اللخمي: لا يبعد حمل قول محمد على الوجوب. انتهى. هذا كلامه فتأمله. وأما نظر القاضي فيما يكتبه فنقل في التوضيح عن المازري ما نصه: إن كان غير ثقة فلا بد من إطلاع القاضي على ما يكتبه، فيجلس قريباً منه بحيث يشاهد ما يكتبه عنه، وإن كان عدلاً فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب، وقد رجح بعض أشياخي وجوب ذلك على القاضي إذا كان عدلاً؛ لأنه إذا شاهد ما يكتب أشهد على نفسه بأمر تيقنه، وإذا عول على الكاتب العدل اقتصر على أمر مظنون مع القدرة على المحقق. انتهى كلام التوضيح. فظاهر قول المازري: فالمذهب أنه مأمور؛ أي على جهة الاستحباب؛ لقوله: / ورجح بعض أشياخي وجوب ذلك، وكذا في ابن عبد السلام: إن كان غير عدل فلا بد من نظره، وإن كان عدلاً نظر أيضاً، وظاهر كلام المتقدمين أن ذلك على الاستحباب، وتردد بعض الشيوخ في ذلك ومال إلى الوجوب. انتهى كلام ابن عبد السلام. ووظيفة الكاتب أن يكتب ما وقع في مجلسه من الخصوم.

116

مسألة: قال في المسائل الملقوطة: وللحاكم إذا وجد [عقد الوثيقة خطأ] ¹²⁰⁹ أن يقطعه ويؤدب الكاتب على ذلك. انتهى من فوائد الشيخ جمال الدين الأقفهي. انتهى كلام المسائل الملقوطة. فائدة: ما يكتب فيه يسمى القمطر. قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: والقمطر بكسر القاف وفتح

الحديث

¹²⁰⁸ * - في آداب وما بين المعقوفين من م42 ويحيى400 وسيد18.

¹²⁰⁹ * - كذا في المطبوع والذي في مطبوعة المسائل الملقوطة: وللحاكم إذا وجد عقد الوثيقة غلق لا يقرأ أن يقطعه ويأدب الكاتب على ذلك من فوائد القاضي جمال الدين الأقفهي ص246

كَمْزُكَ وَاخْتَارَهُمَا وَالْمُتَرْجِمُ مُخْبِرٌ كَالْمُحْلِفِ وَأَحْضَرَ الْعُلَمَاءُ أَوْ شَاوَرَهُمْ.

الميم وسكون الطاء ثم الراء المهملتين الزمام الذي يكتب فيه التذكار، وقد يسمى زمام القاضي. انتهى. والله أعلم.

ص: كمزك ش: أي وكذا يرتب مزكيا عدلا ولا كلام في اشتراط العدالة هنا، وقول ابن غازي رحمه الله أي في كونه عدلا رضا فهو كقول الرسالة: "ولا يقبل في التزكية إلا من يقول عدل رضا" أول كلامه واضح، وآخر كلامه بعيد من لفظ المؤلف ومن أول كلامه هو. فتأمل. وقال البساطي: فإن قلت إن حملت كلامه في [الكاتب¹²¹⁰] والمزكي على الجنس حتى يدخل فيه العدد [خالف¹²¹¹] الأكثر في اشتراط العدد في الكاتب فإن الأكثر على أنه يكفي الواحد وإن حملت كلامه على الأفراد خالفت الأكثر في المزكي فإنه لا بد من العدد عندهم فيه. انتهى.

قلت: يحمل كلامه على الأول والجنس يحتمل الأفراد كما يحتمل غيره ويلزمه [الإبهام¹²¹²] وهو قريب. انتهى. وحمله على هذا عبارة ابن شاس لأن فيها ويشترط العدد في المزكي والمترجم دون الكاتب، وفي التوضيح في قول ابن الحاجب: واختار الكاتب والمزكي قوله والمزكي ظاهره الاكتفاء بالواحد. أشهب: ينبغي للقاضي أن يتخذ رجلا صالحا مأمونا منتبها أو رجلين بهذه الصفة يسألان له عن الناس إلى آخر كلام أشهب. ثم قال ابن الماجشون: وكل ما يبتدئ القاضي السؤال عنه والكشف يقبل فيه قول الواحد [وما لم¹²¹³] يبتدئه هو وإنما يبتدأ به في ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه، ثم ذكر كلام الجواهر. انتهى. فصدر بما تقدم، وقال الشيخ أبو الحسن في التقييد الكبير في أول كتاب القضاء: ابن رشد: وتعديل السر يفترق من تعديل العلانية من وجهين: أحدهما لا إعذار في تعديل السر، والثاني أنه يجتزئ فيه بالواحد وإن كان الاختيار الاثنين، بخلاف تعديل العلانية في الوجهين لا يجوز فيه إلا شاهدان، ويلزم الإعذار فيه إلى المشهود عليه، هذا معنى ما في المدونة صح من البيان. انتهى كلام الشيخ أبي الحسن. فإذا حمل كلام المصنف على هذا فلا يرد ما قاله أصلا فتأمل. والله الموفق.

ص: والمترجم مخبر ش: فيقبل الواحد والاثنان أحسن. انظر قواعد القراني في أول فرق منها فإنه ذكر فيه الفرق بين الشهادة والخبر فتأمل. والله أعلم. وقال في العمدة: وإذا لم يعرف لغة الخصم فإن كان الحكم لا يتضمن [مالا¹²¹⁴] لم يقبل في الترجمة إلا الرجال، والمذهب أنه لا يجزيء واحد وإن تضمن مالا فهل يقبل رجل وامرأتان؟ قولان. انتهى. والله أعلم.

ص: وأحضر العلماء [أو شاورهم¹²¹⁵] ش: عطف رحمه الله أحد القولين على الآخر فإن أشهب ومحمدا يقولان يحضرهم، مطرف وابن الماجشون يقولان لا ينبغي أن يحضرهم ولكن يشاورهم. كذا قال

¹²¹⁰ - في المطبوع المكاتب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 ويحيى ص 55 و م ص 42 ويم ص 52 ومايأبى 90.

¹²¹¹ - في المطبوع ويحيى ص 55 خلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 و م ص 42 ويم ص 52 ومايأبى 90.

¹²¹² - في المطبوع الإيهام وما بين المعقوفين من م 42.

¹²¹³ * - في المطبوع ما لم وما بين المعقوفين من م 42 ويحيى 400 وسيد 81.

¹²¹⁴ - في المطبوع ما لو لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 ويحيى ص 55 ويم ص 53 و م ص 42 ومايأبى 91.

¹²¹⁵ - في المطبوع ويم ص 53 شاورهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 55 و م ص 42 ومايأبى 91.

متن الخطاب ابن الحاجب. فقال في التوضيح: قيد اللخمي قول مطرف وابن الماجشون [فقال: إلا¹²¹⁶] أن يكون مقلدا فلا يسعه القضاء إلا بمحضهم. قال المازري: وقول مطرف وغيره إنما هو إذا كان فكر القاضي في حال حضورهم كحاله في عدم حضورهم، وأما لو كان حضورهم يكسبه [ضجرا¹²¹⁷] حتى لا يمكنه التأمل لما هو فيه فإنه يرتفع الخلاف، وكذلك إذا كان القاضي من البلادة على حال لا يمكنه ضبط قول الخصمين [وتصور¹²¹⁸] مقاصدهما حتى يستفتى عنه فإنه يرتفع أيضا الخلاف، ولا يختلف في وجوب حضورهم. انتهى.

وقال في تبصرة ابن فرحون: تنبيه: إطلاقهم المشاورة ظاهره عالما كان بالحكم أو جاهلا، وفي الطرر لابن عات لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه إذا كان جاهلا لا يميز الحق من الباطل، لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل لم يعلم أحكم بحق أم بباطل ولا يجوز له أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق، ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليدا حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه. انتهى. وهذا الأخير. والله أعلم في المجتهد، وفي التبصرة أيضا: قال المازري في شرح التلقين: القاضي مأمور بالاستشارة ولو كان عالما لأن ما [ذاكر فيه¹²¹⁹] الفقهاء وبحثوا فيه تثق به النفس ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيه، ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه [مقتضى¹²²⁰] أصول المذهب. انتهى. وفي التوضيح: قال ابن عطية في تفسيره: ومن لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب، هذا مما لا خلاف فيه. انتهى. ونقله القرطبي في تفسير سورة آل عمران، وفي ابن عبد السلام، وبالجمله فإن أحوال الخلفاء دلت على اتفاهم على المشاورة لا سيما في المشكلات. انتهى.

تنبيه: قول المؤلف: "وأحضر العلماء أو شاورهم" هل على الوجوب أو على الاستحباب؟ ظاهر قوله في التوضيح: "ولا يختلف في وجوب حضورهم" وما نقله عن ابن عطية، وظاهر ما تقدم للمازري أن حضورهم واجب، وكذا ابن فرحون في تبصرته فإنه عده في الأمور التي تلزم القاضي في سيرته في الأحكام، وال لزوم إنما يستعمل [في الغالب¹²²¹] في الوجوب، وظاهر قول ابن الحاجب: ولا ينبغي للقاضي أن يثق برأيه ويترك المشاورة أن المشاورة مستحبة أو أولى، فتأمل، فإني لم أر نصا يشفي الغليل.

فرع: قال سحنون: [و¹²²²] لا يستشير من شهد عنده فيما شهد فيه حكاه ابن يونس، وقال غير

1216 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 56 و م ص 42 ويم ص 53 ومايبي 91.
1217 - في المطبوع حجرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 56 و م ص 42 ومايبي 91.
1218 - في المطبوع ويتصور وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 وم 42 (ويحيى 56 مقصودهما) (ويم 54 مقاصدهما) (ومايبي 91 ويتصور مقاصدهما).

1219 - في المطبوع ما ذكره فيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يم 54.

1220 - في المطبوع يقتضي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 401.

1221 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 56 و م ص 43 ويم ص 54 ومايبي 91.

1222 - ساقطة من المطبوع ومايبي 91 ويم ص 54 و م ص 43 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص 56.

نص خليل وشهوداً.

متن الخطاب سحنون لا بأس بذلك. حكاه ابن رشد. انتهى مختصراً من التبصرة. واقتصر في التوضيح على قول سحنون.

فرع: قال في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية: رأيت مالكا كتب إلى عامل في قضاء كان أمضاه عاملاً قبله فينظر فيه فجاء رجل يستعين بالكتب إليه فيه فكتب إليه إن كان من قبلك أمضاه بحق فأنفذه لصاحبه، ابن رشد: هذا يدل على أن للفتوى المقبول القول أن يكتب للحكام¹²²³ بالفتوى ويعلمهم¹²²⁴ ما يصنع وإن لم يسأله الحاكم، وهذا في غير القضاة، وأما القضاة فلا ينبغي أن يكتب إليهم بما يفعلون، إلا أن يسألوه؛ لأن ذلك قد يؤدي إلى أئنة تؤذي. انتهى.

118

مسألة: إذا دعا القاضي العدول إلى قضية ينظرون فيها من فرض نفقة أو إقامة حدود ونحوه وجب عليهم. انظر البرزلي في مسائل القضاء.

ص: وشهوداً ش: قال في التوضيح: وإذا كان المشهور أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان فيكون إحضار الشهود واجباً، وإلا فلا فائدة في جلوسه. انتهى. وفي المدونة: ولو أقر أحد الخصمين عنده بشيء وليس عنده أحد ثم يعود إليه المقر فيجحد ذلك الإقرار فإنه لا يقضى عليه به إلا ببينة سواه، فإن لم يكن عنده بينة شهد هو بذلك إلى من فوقه. انتهى.

وقال في النوادر: ومن المجموعة قال مالك وابن القاسم وأشهب: الإقرار عند القاضي في سلطانه وقبل سلطانه سواء، وكذلك في إقرار الخصمين عنده لا يحكم بشيء من ذلك. قال أشهب: ولا بما وجد في ديوانه مكتوباً من إقرار الخصم عنده، فإن قامت على ذلك بينة أنفذها، فإن لم يكن إلا هو وكاتبه شهدا بذلك عند من هو فوقه فأجازه، وإن كان وحده قضى بشهادته مع يمين الطالب. انتهى. ومقابل المشهور أنه إذا سمع إقرار الخصم حكم عليه بما سمع منه وإن لم يحضره شاهدان، وهو قول ابن الماجشون.

قال في النوادر إثر كلامه المتقدم: أما ما أقر به الخصوم عنده في خصومتهم فليقض به، وقاله سحنون وهو أحب إلي من قول ابن القاسم وأشهب، ولو كان غير هذا لاحتاج أن يحضر معه شاهدين أبداً يشهدان على الناس. انتهى. وقال في التوضيح قبل كلامه المتقدم: مذهب مالك وابن القاسم أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان ثم يرفعان شهادتهما إليه، وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ وسحنون إلى أنه يحكم بما سمع وإن لم يشهد عنده بذلك. ابن الماجشون: والذي عليه قضاة المدينة - ولا أعلم مالكا قال غيره - أنه يقضى بما سمع منه وأقر به عنده، وكانهم رأوا أن الخصمين لما جلسا للخصومة رضيا أن يحكم بينهما بما أقر به ولذلك قعدا، والأول المشهور. انتهى.

تنبيه: قولهم رفع إلى من فوقه قال أبو الحسن في أواخر كتاب الأقضية: مسألة: إذا رأى القاضي حداً رفع إلى من فوقه، وهل يرفع إلى من دونه؟ قولان. قال عياض: مذهب الكتاب أن أحداً لا يرفع إلى من

الحديث

1223 * - في يحيى 401 والبيان ج 9 ص 171 أن يكتب للحاكم وسيد 18 ص 117.

1224 * - في يحيى 401 والبيان ج 9 ص 171 ويعلمه ص 117.

نص خليل

وَلَمْ يُفْتِ فِي خُصُومَةٍ وَلَمْ يَشْتَرِ بِمَجْلِسِ قَضَائِهِ.

متن الخطاب

دونه وتحت يده إلا السلطان الأعظم للضرورة إلى ذلك، وقال في السلطان الأعظم: لا يرفع إلى من دونه ويكون هدرًا. انتهى مختصراً. وفي النوادر في ترجمة القاضي يحكم لنفسه أو لولده: وقد يحكم للخليفة وهو فوّه وهو يتهم فيه لتوليته إياه، وحكمه له جائز. انتهى. ونقل الخلاف في الذخيرة.

ص: ولم يفت في خصومة ش: انظر هل على الكراهة أو على المنع؟ قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: "ولا يفتي الحاكم في الخصومات": وقال ابن/ عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة يريد أنه يجوز له الفتيا فيما عدا مسائل الخصام، وهل له الفتيا في مسائل الخصام؟ قولان: أحدهما: ليس له ذلك لأنه من إعانة الخصوم على الفجور، والثاني إجازة فتياه في مسائل الخصام، وأما تعليم القاضي العلم وتعلمه له فجائز. انتهى. فقوة عبارته تعطي أنه لا يجوز له الفتيا على القول الأول. فتأمل. وعده ابن فرحون في الأمور اللازمة له في سيرته في الأحكام، وفي أوائل مسائل الأقضية من البرزلي ما نصه: ابن الحاج عن ابن المنذر يكره للقاضي الفتوى في الأحكام، وكان شريح يقول أنا أقضي ولا أفتي.

119

قلت: يريد إذا كانت [الفتوى يمكن¹²²⁵] أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يد عماله فليجبهم عنها، ثم ذكر كلام ابن الحاجب، وذكر عن ابن المناصف أنه ذكر القولين. ثم قال: الكلام الأول النهي فيه عن فتوى القاضي في الخصومات لأحد الخصمين، والثاني فتواه في جملة الأشياء لا في خصومة بعينها. انتهى.

ص: ولم يشتر بمجلس قضاؤه ش: مفهوم قوله: "مجلس قضاؤه" أنه لا ينهي عنه في غير مجلس قضاؤه وهو الذي حصله في التوضيح إلا أنه ينبغي له التنزه عنه مطلقاً، وانظر قول المؤلف: "ولم يشتر" هل على المنع أو على الكراهة؟ قال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولا يشتري بنفسه ولا بوكيل معروف" ظاهره في مجلس قضاؤه وفي غيره، ونحوه ذكره ابن شاس، ومعناه عن محمد بن عبد الحكم ابن عبد السلام ولا تبعد صحته، إلا أن المازري وغيره ذكروا عن المذهب ما يدل على جواز بيعه ابتداءً، وحكى المازري عن الشافعي مثل ما حكاه المؤلف هنا. انتهى. أي لأن المازري نقل عن أصحاب مالك أنهم أجازوا للقاضي الشراء إذا لم يكن في مجلس قضاؤه، ولم يجوزوا له ذلك في مجلس قضاؤه لما فيه من شغل باله. مطرف وابن الماجشون: ولا يشتغل في مجلس قضاؤه بالبيع والابتياح لنفسه. أشهب: أو لغيره على وجه العناية منه إلا ما خف شأنه وقل شغله والكلام فيه. سحنون: وتركه أفضل. قال: ولا بأس بذلك في غير مجلس قضاؤه [له أو لغيره، وما باع أو ابتاع في مجلس قضاؤه¹²²⁶] فنافذ إلا أن يكون أكره غيره أو هضمه، فليس هذا بعدل، وهو مردود كان في مجلس قضاؤه أو غيره، والذي ذكره المازري هو الذي في النوادر وغيرها. مطرف وابن الماجشون: ويتنزه عن المبايع في غير مجلس قضاؤه. انتهى كلام التوضيح. وفي ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب بعد هذه المسألة:

الحديث

¹²²⁵ * - في المطبوع ويحيى 59 ميايى 92 الفتوى ممن يمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

¹²²⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 119 ويحيى ص 59 و م ص 43 ويم ص 80 ومايى 93.

كَسَلْفٍ وَقِرَاضٍ وَإِبْضَاعٍ وَحُضُورٍ وَلِيْمَةٍ إِلَّا النِّكَاحَ وَقَبُولُ هَدِيَّةٍ وَلَوْ كَافًا عَلَيْهَا إِلَّا مِنْ قَرِيبٍ وَهَدِيَّةٌ مَنْ اِعْتَادَهَا قَبْلَ
الْوَلَايَةِ وَكَرَاهَةِ حُكْمِهِ فِي مَشْيِهِ أَوْ مُتَّكِنًا وَالزَّامِ يَهُودِيٌّ حُكْمًا بِسَبْتِهِ وَتَحْدِيثُهُ بِمَجْلِسِهِ لِضَجَرٍ وَدَوَامِ الرُّضَا فِي
التَّحْكِيمِ لِلْحُكْمِ قَوْلَانِ.

نص خليل

ويتورع عن العارية إلى آخره، قد يقال تغيير المؤلف العبارة بين هذه المسألة والتي فوقها يؤذن بأن
المنع في الأولى أشد منه في هذه، لأنه أطلق المنع في الأولى وجعله في هذه من باب الورع، فيقال العكس
أولى، فكلام التوضيح يؤذن بالمنع على التحريم، وأما كلام ابن عبد السلام فلا دلالة فيه على أن المنع
على التحريم لأنه أطلق المنع على المسألة الثانية مع أنه لا شك أنه على سبيل التورع، وفي تبصرة ابن
فرحون من الأمور التي تلزم القاضي أنه يكره له البيع والابتياح بمجلس حكمه وبداره، ولا يرد منه
شيء إلا أن يكون على وجه الإكراه أو فيه نقيصة على البائع فيرد البيع والابتياح كان بمجلس قضائه
أو غيره. قال أشهب: إن عزل والبائع والمبتاع مقيم بالبلد لا يخاصمه ولا يذكر مخاصمته لأحد فلا
حجة له والبيع ماض، ولا ينبغي أن يكون له وكيل معروف على البيع والشراء لأنه يفعل مع وكيله
من المسامحة ما يفعل معه. انتهى. فصرح رحمه الله بالكراهة، وأن حكم البيع والابتياح واحد، وهو
الظاهر، وينبغي أن ينظر فيه مع ما في التوضيح ويرد أحدهما للآخر. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: كسلف وقراض وإبضاع وحضور وليمة إلا لنكاح ش: تصوره واضح، ولا شك أن النهي عن
هذه على سبيل التورع، قال ابن/ الحاجب: ويتنزه عن العارية والسلف والقراض والإبضاع. وقال ابن
فرحون في الأمور التي تلزم القاضي: منها أن يتجنب العارية والسلف والقراض والإبضاع إلا أن يكون لا
يجد بدا من ذلك، فهو خفيف إلا من عند الخصوم أو ممن هو في جهتهم فلا يفعل. انتهى. وقوله إلا
لنكاح. قال في التوضيح: ثم إن شاء أكل أو ترك. قال في التبصرة: والأولى له اليوم ترك الأكل. انتهى.
فرعان: الأول: في التوضيح: كره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم.
الثاني: ولا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعيادة المرضى وتسليمه على أهل المجالس ورده على من
سلم عليه لا ينبغي إلا ذلك. انتهى.

120

ص: وقبول هدية ولو كافاً عليها إلا من قريب ش: قال في التوضيح: ظاهر قول ابن الحاجب
المنع، وعليه ينبغي أن يحمل قول ابن حبيب: لم يختلف العلماء في كراهة قبول الإمام الأكبر وقضاته
وجباته الهدايا. قال: وهو مذهب مالك وأهل السنة. انتهى. ويمنع من قبول الهدية، سواء كانت في
حال الخصام أو قبله. قاله ابن الحاجب. وقوله: "إلا من قريب" يريد الخاص من الولد والوالد
والخالة والعمة وبنات الأخت. قاله ابن فرحون ونحوه في التوضيح.

فروع: الأول: قال ابن فرحون في تبصرته: قال المازري: أما الارتزاق من بيت المال فإن من تعين
عليه القضاء وهو غني عن الارتزاق فإنه ينهى عن أخذ العوض على القضاء؛ لأن ذلك أبلغ في المهابة
وأدعى [للفسوس إلى اعتقاد¹²²⁷] التعظيم والجلالة، وإن كان القضاء لم يتعين عليه وهو محتاج إلى
طلب الرزق من بيت المال ساغ له أخذ ذلك.

الحديث

الثاني: قال في معين الحكام: قال أصبغ: ولا ينبغي له أن يأخذ رزقه إلا من الخمس والجزية وعشور أهل الذمة. انتهى من ابن فرحون. وقال ابن رشد في آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات: وأما القضاة والحكام والأجناد فلهم أن يأخذوا أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم أعني العمال الذين فوض إليهم النظر في ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك من إعطاء مال الله لمن يروونه بوجه اجتهادهم. وأطال الكلام في ذلك فراجع، وسيأتي من كلامه¹²²⁸ في باب الشهادات عند قول المصنف: "ولا إن أخذ من العمال". والله أعلم.

الثالث: قال في التوضيح: قال ابن حبيب: ويأخذ الإمام من قضائه وعماله ما وجده في أيديهم زائدا على ما ارتزقوه من بيت المال، ويحصي ما عند القاضي حين ولايته ويأخذ ما اكتسبه زائدا على رزقه، وقدّر أن هذا المكتسب إنما اكتسبه بجاه القضاء، وتأول أن مقاسمة عمر رضي الله عنه ومشاطرته لعماله كأبي موسى وأبي هريرة وغيرهما إنما فعل ذلك لما أشكل عليه مقدار ما اكتسبه من القضاء والعمالة. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة، ونصه: ابن حبيب للإمام أخذ ما أفاده العمال ويضمه/ إلى ما جبهه. قال: وكل ما أفاده الوالي من مال سوى رزقه في عمله أو قاض في قضائه أو متول أمر المسلمين فللإمام أخذه للمسلمين، وكان عمر إذا ولي أحدا أحصى ماله لينظر ما يزيد، ولذا شاطر العمال أموالهم حيث كثرت وعجز عن تمييز ما زادوه بعد الولاية. قاله مالك، وشاطر أبا هريرة وأبا موسى وغيرهما. انتهى. ونقله في الذخيرة. ثم قال إثره: تمهيد الزائد قد يكون من التجارة والزراعة لا من الهدية ولا تظن الهدايا بأبي هريرة وغيره من الصحابة إلا ما لا يقتضي أخذا، ومع ذلك فالتشطير حسن لأن التجارة لا بد أن ينميها جاه العمل فيصير جاه المسلمين كالعامل والقاضي [أو¹²²⁹] غيره رب المال فأعطى العامل النصف عدلا بين الفريقين، ولذلك لما انتفع عبد الله وعبيد الله بالمال الذي أخذه من الكوفة سلفا في القصة المشهورة قال عبد الرحمن بن عوف لعمر رضي الله عنهما: اجعله قراضا يا أمير المؤمنين، فجعله قراضا، ولولا هذه القاعدة كيف يصير القرض قراضا. انتهى. فتأمل ذلك وتقدم الكلام على قصتهما في أول باب القراض فراجع. والله أعلم.

الرابع: قال ابن فرحون: قال في معين الحكام: وكذلك الشهود لا يجوز لهم قبول الهدية من أحد الخصمين ما دامت الحكومة بينهما.

121

الخامس: قال ابن فرحون: قال ابن عبد الغفور: ما أهدي إلى الفقيه من غير حاجة فجائز له قبوله وما أهدي إليه رجاء [الفوز¹²³⁰] على خصمه أو في مسألة تعرض عنده رجاء قضاء حاجته على خلاف المعمول به فلا يحل قبولها، وهي رشوة يأخذها، وكذلك إذا تنازع عنده خصمان فأهديا إليه جميعا أو أحدهما يرجو كل واحد منهما أن يعينه في حجته أو عند حاكم إذا كان ممن يسمع منه ويوقف عنده فلا يحل له الأخذ منهما ولا من أحدهما. انتهى. وقال ابن عرفة: قال بعض المتأخرين

¹²²⁸ - في سيد 19 ويحيى 403 ومايaby 94 وم 44 ويم 80 وسياتي شيء من كلامه.

¹²²⁹ - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 59 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 و م ص 44 ويم ص 55 ومايaby 94.

¹²³⁰ - في المطبوع العون وما بين المعقوفين من م 44 ويم 80 ومايaby 94 وسيد 19 ويحيى 403.

متن الخطاب ما أهدي للمفتي إن كان ينشط للفتيا أهدي له أم لا، فلا بأس [به¹²³¹] وإن كان إنما ينشط إذا أهدي له فلا يأخذها، وهذا ما لم تكن خصومة، والأحسن أن لا يقبل من صاحب الفتيا، وهو قول ابن عيشون وكان يجعل ذلك رشوة.

قلت: قد يخف قبولها لمن كان محتاجا ولا سيما إن كان اشتغاله بأصولها يقطعه عن التسبب ولا رزق له عليها من بيت المال، وعليه يحمل ما أخبرني به غير واحد عن الشيخ الفقيه أبي علي بن علوان أنه كان يقبل الهدية ويطلبها ممن يفتيه، [وفي الطرر¹²³²] -وظاهره لابن عيشون-: ومن هذا [إعطاء¹²³³] الرعية للعلماء والمتعلقين بالسلطنة لدفع الظلم عنهم فيما يهدونه لهم ويخدمونهم هو باب من أبواب الرشوة؛ لأن دفع الظلم واجب على كل من قدر على دفعه عن أخيه المسلم وعن الذمي. انتهى.

السادس: قال القرافي في آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة: فرع: قال بعض العلماء إذا عجزت عن إقامة الحجة الشرعية، فإن استعنت على ذلك بوال يحكم بغير الحجة الشرعية أثم دونك إن كان الحق جارية يستباح فرجها، بل يجب ذلك عليك لأن مفسدة الوالي أخف من مفسدة الزنا والغصب، وكذلك الزوجة، وكذلك استعانتك بالأجناد يأثمون ولا تأثم، وكذلك في غصب الدابة وغيرها [أو جحد¹²³⁴] ذلك؛ لأن الصادر من المعين عصيان لا مفسدة فيه والجحد والغصب عصيان [و¹²³⁵] مفسدة، وقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة لا من جهة أنها مفسدة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير، فإن أخذ الكفار لمالنا حرام عليهم وفيه مفسدة إضاعة المال فما لا مفسدة فيه أولى أن يجوز، فإن كان الحق يسيرا نحو كسرة أو تمرة حرمت الاستعانة على تحصيله بغير حجة شرعية؛ لأن الحكم بغير ما أمر الله أمر عظيم لا يباح باليسير. انتهى كلامه بلفظه. ولم يذكر غيره فتوجيهه إياه واقتصاره عليه يقتضي أنه ارتضاه. والله أعلم.

السابع: قال ابن فرحون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان الظلم محققا. انتهى. وقال ابن عرفة إثر نقله كلام بعضهم: / ويقوم هذا من قولها وإن طلب السلاية طعاما أو ثوبا أو شيئا خفيفا رأيت أن يعطوه. انتهى. وقال البرزلي قبل مسائل الطهارة بنحو صفحة: وفي الطرر: قال ابن عيشون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان [محققا].¹²³⁶ وقال

122

1231 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 121 وما يابى 94 ويم 80.

1232 * - في المطبوع في الطراز وما بين المعقوفين انظر له البرزلي ج 1 ص 130.

1233 - هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع انقطاع وهو الذي في ميايى 94 ويحيى 59 ويم 55 و م 50 والبرزلي ج 1 ص 130.

1234 * - في المطبوع وحجة ذلك وما بين المعقوفين من الذخيرة ج 8 ص 466.

1235 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 121 ويحيى 59 وم ص 44 ويم 55 وما يابى 95.

1236 - في المطبوع محقا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 122 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب الظاهر ابقاء ما في المطبوعة ولم يرد هذا القيد في مطبوعة البرزلي ج 1 ص 130.

نص خليل

وَلَا يُحْكَمُ مَعَ مَا يُدْهَشُ عَنِ الْفِكْرِ وَمَضَى وَعَزَّرَ شَاهِدُ زُورٍ فِي الْمَلَأِ بِنْدَاءٍ وَلَا يَحْلِقُ رَأْسَهُ أَوْ لِحْيَتَهُ وَلَا يُسَخِّمُهُ ثُمَّ فِي قَبُولِهِ تَرَدُّدٌ وَإِنْ أَدَّبَ التَّائِبَ فَأَهْلٌ وَمَنْ أَسَاءَ عَلَى خَصْمِهِ أَوْ مُفْتٍ أَوْ شَاهِدٍ لَا يَشْهَدُتَ بِبَاطِلٍ.

متن الخطاب

قبله: قال أبو بكر [بن يونس: ¹²³⁷] يحرم على القاضي أخذ الرشوة في الأحكام يدفع بها حقا أو [يشد ¹²³⁸] بها باطلا، وأما أن يدفع بها عن [ملك ¹²³⁹] فلا بأس. ابن عيشون: وإن تبين له الحق فيمتنع من إنفاذه رجاء أن يعطيه صاحبه شيئا ثم ينفذه له، فإن حكمه مردود غير جائز، ويتخرج على أحكام القاضي [الفاسق ¹²⁴⁰] إذا صادف الحق هل يمضي أم لا؟ انتهى.

ص: ولا يحكم مع ما يدهش عن الفكر ومضى ش: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: كالغضب والهمل والجوع والعطش والضجر والحنق، وكذلك إذا أخذ من الطعام فوق ما يكفيه، فإن حكم وهو بحال ما ذكر مضي. انتهى. والنهي على المنع. انظر أبا الحسن الصغير في أول كتاب الأقضية والبساطي. والله أعلم.

ص: وعزَّرَ شاهدا بزور في الملائش: قال ابن عرفة: شاهد الزور هو الشاهد بغير ما يعلم عمدا ولو طابق الواقع كمن شهد بأن زيدا قتل عمرا وهو لا يعلم قتله إياه، وقد كان قتله، ولو كان لشبهة لم يكنه، وقول الباجي من ثبت عليه أنه شهد بزور، فإن كان لنسيان أو غفلة فلا شيء عليه، ومن كثر ذلك منه ردت شهادته ولم يحكم بفسقه يقتضي أن غير العائد شاهد زور، ويرد بما في استحقاقها إن شهدوا بموت رجل ثم قدم حيا، فإن ذكروا عذرا كرؤيتهم إياه صريحا في قتلى أو قد طعن فظنوا أنه قد مات [فليست ¹²⁴¹] شهادتهم زورا، وإلا فهم شهداء [زور. ¹²⁴²] اهـ. وسئلت عن رجل شهد عند القاضي أن هذه المرأة ليس لها ولي فزوجها القاضي، ثم ظهر أن لها ولدا ولم يكن الشاهد علم أن لها ولدا فهل تكون شهادته هذه شهادة زور، ويقال فيه إنه شاهد زور فيكون ذلك قادحا في شهادته، أو لا يقدح ذلك في شهادته، ولا يجوز أن ينسب إلى الزور، وإذا نسبه أحد إلى الزور فهل يحرم عليه [ذلك ¹²⁴³] ويستحق التعزير، وهل يجب على الزوج أن يطلق المرأة أم لا؟ فأجبت: إذا كان الشاهد لا يعلم أن للمرأة ولدا فليس بشاهد زور، ولا يقدح ذلك في شهادته بعد ذلك، ولا يجوز لأحد أن يقول إنه شاهد زور، ومن قال إنه شاهد زور، فإن القاضي يزجره على ذلك بحسب ما يراه والنكاح الذي عقده القاضي مع وجود ولد المرأة صحيح، وليس بفاسد، ولا يجب على الزوج أن يطلق

123

الحديث

1237* - في المطبوع بن أويس وما بين المعقوفين من البرزلي ج 1 ص 130.

1238 - في المطبوع يشهد (ويحيى ص 59 شَبْها باطلا) (ويم ص 55 يَشْرُدْها باطلا) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 وما يابى 95.

1239 - في المطبوع مالك ويحيى ص 59 ويم 55 و م ص 44 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 وما يابى 95.

1240 - في المطبوع الفاسدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ويحيى ص 59 ويم 55 و م ص 44 وما يابى 95.

1241* - في المطبوع فليس وما بين المعقوفين من يحيى 404 وسيد 19 وما يابى 95 ويم 80.

1242* - في المطبوع الزور وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 95.

1243 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ويحيى ص 59 ويم 56 و م ص 44 وما يابى 95.

نص خليل
كَلِخْصِمِهِ كَذَبْتُ وَلَيْسَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ وَإِنْ مُسْلِمًا وَكَافِرًا وَقُدِّمَ الْمُسَافِرُ وَمَا يُخْشَى فَوَائِهِ ثُمَّ السَّابِقُ قَالَ وَإِنْ
بِحَقِّقَيْنِ بَلَا طُولٍ ثُمَّ أَقْرِعَ.

متن الخطاب
الزوجة. نعم لا يجوز الإقدام عليه إذا علم أن لها ولدا، فإذا وقع ونزل صح النكاح. والله أعلم.
ص: كَلِخْصِمِهِ كَذَبْتُ ش: انظر رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه إذا قال رجل
لرجل من سراة الناس كذبت وأثمت فإنه يعزر بالسوط إذا كان في مشاتمة، لأنه بمنزلة قوله كذاب،
وأما إن نازعه في شيء فقال له أنت في هذا كاذب آثم فلا يجب عليه في ذلك أدب، وينهى عنه
ويزجر إن كان لا يتعلق به حق فيما نازعه فيه، ويجري قول الرجل للرجل يا كذاب على التفصيل
الذي في قوله يا كلب. انتهى. ونقله في النوادر وصاحب التبصرة في الفصل الحادي عشر في التعزيرات
الشرعية من القسم الثالث، وتقدم له شيء من ذلك في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم، ومسألة
قول الرجل للرجل يا كلب ذكرها قبل هذه المسألة بمسألتين، وكذلك في النوادر وكذلك في التبصرة
قبل مسألة كذبت وأثمت بيسير، وفي التبصرة في هذا الفصل وفي البيان في مسألة يا كلب معنى
[ذي¹²⁴⁴] الهيئة ورفيع القدر. والله أعلم.

وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح حديث الحضرمي والكندي من كتاب الإيمان في قوله: يا
رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ولا يتورع عن شيء¹: فيه أن الرجل إذا رمى
خصمه حال الخصومة بجرحه أو خلة سوء [لمنفعة¹²⁴⁵] يستخرجها في خصامه وإن كان في ذلك أذى
خصمه لم يعاقب إذا عرف صدقه في ذلك، بخلاف لو قاله على سبيل المشاتمة والأذى المجرد، وذلك
إذا كان ما رماه به من نوع دعواه، ولينبه بها على حال المدعى عليه لقول الحضرمي إنه فاجر إلى
آخره، ولم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم ولا زجره، ولو رمى خصمه بالغصب وهو ممن لا يليق
به أدب عندنا، ولم يتعلق به الدعوى. اهـ. ونقله الأبي، ثم نقل عن القرطبي ما نصه: الجمهور على
أدب من صدر منه شيء من ذلك بعموم تحريم السباب، وأجابوا عن الحديث بأن الكندي علم منه
ذلك، وأنه لم يقم بحقه وأنه لم يقصد إذايته وإنما قصد استخراج حقه. انتهى. وقال في المدونة في
كتاب القذف: ومن آذى مسلما أدب. قال ابن ناجي: ظاهره وإن لم يحضر المودى فإن القاضي يؤدبه
إذا كان ذلك بحضرته، وهو كذلك، وكون القاضي لا يحكم بعلمه فيما كان بمجلسه إنما هو في
الأموال، وأما هذا فيحكم. انتهى.

ص: وإن [بحققين¹²⁴⁶] ش: قال ابن عرفة بعد ذكره ما عزاه المؤلف للمازري: قلت: ظاهره أن
هذا غير منصوص لأصحابنا، وفي النوادر لأصبع إذا قضى بين الخصمين في أمر اختصما فيه ثم أخذ

1 - عن علقمة بن وائل عن أبيه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
الحضرمي يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي فقال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ليس له
فيها حق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله إن الرجل فاجر
لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء فقال ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لما أدير أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض. مسلم كتاب الإيمان رقم الحديث 139

1244 - في المطبوع دنى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 ويحيى ص 59 ويم ص 56 و م ص 45 ومايأبى 96.

1245 - في المطبوع بمنفعة وما بين المعقوفين من يحيى 404 وم 45 ويم 81 ومايأبى 96 وسيد 19.

1246 - في المطبوع بيقين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 ويحيى ص 59 ويم ص 56 و م ص 45 ومايأبى 96.

نص خليل وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْرَدَ وَقْتًا أَوْ يَوْمًا لِلنِّسَاءِ كَالْمُفْتِي وَالْمُدْرَسِ وَأَمْرٌ مُدْعٍ تَجَرَّدَ قَوْلُهُ عَنْ مُصَدِّقٍ بِالْكَلَامِ وَإِلَّا فَالْجَالِبُ وَإِلَّا أَقْرِعَ فَيَدَّعِي بِمَعْلُومٍ مُحَقَّقٍ قَالَ وَكَذَا شَيْءٌ وَإِلَّا لَمْ تُسْمَعْ كَأَظُنُّ وَكَفَاهُ بَعْتُ وَتَزَوَّجْتُ وَحُمِلَ عَلَى الصَّحِيحِ وَإِلَّا فَلْيَسْأَلْهُ الْحَاكِمُ عَنِ السَّبَبِ.

متن الخطاب في حجة أخرى، فإن كان بين يديه غيرهما لم يسمع منهما حتى يفرغ ممن بين يديه إلا أن يكون شيء لا ضرر فيه لمن حضره، فلا بأس أن يسمع منهما. انتهى.

124 ص: وينبغي أن يفرد وقتاً أو يوماً للنساء ش: قال القرطبي في شرح قوله عليه/ الصلاة والسلام للنساء: {اجتمعن يوم كذا¹} يدل على أن الإمام ينبغي له أن يعلم النساء ما يحتجن إليه من أمر أديانهن، وأن يخصهن بيوم مخصوص لذلك، لكن في المسجد أو ما كان في معناه لتؤمن الخلوة بهن، فإن تمكن من ذلك بنفسه فعل، وإلا استنهض الإمام شيخاً يوثق بعلمه ودينه لذلك حتى يقوم بهذه الوظيفة. انتهى.

ص: وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام ش: قال ابن عرفة: المدعي من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة والمدعى عليه من اقترنت دعواه به أي بالمرجح، فقول ابن الحاجب: المدعي من تجرد قوله عن مصدق يبطل عكسه بالمدعي ومعه بيعة، ونحوه لابن شاس. انتهى. ولا يرد ما قاله لأن الكلام في معرفة المدعي والبيعة إنما يأتي بها بعد معرفة كونه مدعياً فتأمل. والله أعلم.

ص: فيدعي بمعلوم محقق قال وكذا شيء ش: قال ابن فرحون في تبصرته: الشرط الأول أن تكون معلومة، فلو قال لي عليه شيء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة. قاله ابن شاس. ولعله يريد إذا كان يعلم قدر حقه وامتنع من بيانه، وقد قال المازري في هذه الدعوى: وعندي أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك بإقرار بما ادعى على وجه التفصيل، وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب، أما لو قال لي عليه شيء من فضلة/ حساب لا أعلم قدره وقامت له بيعة أنهما تحاسبا وبقيت له عنده بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه في هذه الصورة مسموعة، وكذلك لو ادعى حقا له في هذه الدار أو الأرض وقامت له بيعة أن له فيها حقا لا يعلمون قدره فهي دعوى مسموعة، وسيأتي كثير من هذا المعنى في باب القضاء بالشهادة الناقصة. انتهى. فقلوه: "أما إلى آخره" يدل على أن هذا يسمع بلا خلاف، فهو [مخصص¹²⁴⁷] لقول المؤلف: "معلوم"، وقوله: "بمعلوم محقق" نحوه لابن الحاجب، فأورد عليه ابن عرفة توجيه يمين التهمة على القول بها. فتأمل. والله أعلم.

125

الحديث 1 - عن أبي سعيد الخدري قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ذهب الرجال بحديثك فاجعل لنا من نفسك يوماً نأتيك فيه تعلمنا مما علمك الله قال اجتمعن يوم كذا وكذا فاجتمعن فأتاهن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلمهن مما علمه الله ثم قال ما منكن من امرأة تقدم بين يديها من ولدها ثلاثة إلا كانوا لها حجاباً من النار فقالت امرأة واثنين واثنين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم واثنين واثنين واثنين، أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، رقم الحديث 2633.

¹²⁴⁷ - في المطبوع مخصوص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 ويحى ص 60 ويم ص 56 و م ص 45 وما يابى 97.

قلت: ومسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالمجهول إذا كان لا يعلم قدره. قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه فإن جهلاه جميعاً جاز ذلك، وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه، فإن لم يسمه بطل الصلح ولا شفعة فيه. انتهى. وقال المتيطي في كتاب الصلح: لو شهد الشهود للقائم في الدار المقوم فيها بحصة لا يعرفون مبلغها ففي كتاب ابن حبيب في رواية مطرف عن مالك أنه يقال للشهود عليه أقر بما شئت منها واحلف عليه، فإن أبى قيل للشهود له سم ما شئت منها واحلف عليه وخذه، فإن أبى أخرجت الدار من المطلوب ووقفت حتى يقر بشيء.

قال مطرف: وقد كنا نقول وأكثر أصحابنا إنه إذا لم يعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم، ولا يلزم المطلوب شيء حتى قال ذلك مالك، فرجعنا إلى قوله واستمرت الأحكام به. انتهى.

مسألة: ليس من تمام صحة الدعوى أن يذكر السبب، يؤخذ ذلك من قول المصنف بعد هذا: "ولدعى عليه السؤال عن السبب" وإذا لم يلزم ذلك فأحرى [أن يكون¹²⁴⁸] من شرط صحتها ذكر تسليم المبيع إذا كان مثلياً، وهو واضح، وهذا بخلاف الشهادة على ما ذكره ابن فرحون في الفصل الثامن فيما ينبغي للقاضي أن يتنبه له في أداء الشهادة. والله أعلم. ثم قال ابن فرحون: الشرط الثاني من شروط الدعوى أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته، كمن ادعى على رجل هبة وقلنا الهبة تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه الجواب بإقرار أو إنكار، وإن قلت بقول المخالف والقول الشاذ عندنا أن الهبة لا تلزم بالقول فذهب بعض الناس إلى أن الجواب فيه لا يلزم، وكذلك العدة على القول بعدم اللزوم، وكذا الوصية، وذكر شروطاً أخرى فانظرها فيه. وانظر أيضاً الباب الثامن والعشرين من القسم الثاني في القضاء بالاتهام وأيمان التهم. قال فيه. قال أبو الحسن الصغير: المشهور أن اليمين تجب بمجرد الاتهام [وإن لم¹²⁴⁹] يحقق الدعوى، والظاهر أنه يريد بعد إثبات أن المدعى عليه ممن تلحقه التهمة فيما ادعى عليه به. انظر بقيته.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: فصل في تصحيح الدعوى: والمدعى به أنواع، فإن كانت الدعوى في شيء من الأعيان وهو بيد المدعى عليه فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعي به ويذكر أنه في يد المذكور؛ يعني المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الإجارة أو المساقاة أو غير ذلك، ولا يشترط في الدعوى أن يسأل الحاكم النظر بينهما بما يوجب الشرع. انتهى. قوله: "أو غير ذلك" يدخل فيه أن يقول ضاع مني أو سرق مني، ولا أدري بماذا وصل إلى هذا الذي هو في يديه وهذا مستفاد من نصوص أهل المذهب. قال اللخمي في كتاب الشهادات: فصل: وإن ادعى عبداً في يد رجل وقال أبق مني، فإن كانا من بلد واحد كلف أن يأتي ببلطخ أنه ملكه؛ لأن ملك ذلك لا يخفى على جيرانه وأهل سوقه، وإن كان أحدهما طارئاً لم يحلف أحدهما الآخر [لأنه¹²⁵⁰] إن ادعى

1248 * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب (فأحرى أن لا يكون).

1249 * - في المطبوع ولم وما بين المعقوفين من ما يابى 97 ويم 81 ويحيى 405 وسيد 20 وم 45.

1250 - في المطبوع كأنه وما بين المعقوفين من ن عود ص 125 ويحيى ص 60 ويم ص 56 و م ص 45 وما يابى 98.

نص خليل

ثُمَّ مُدْعَى عَلَيْهِ تَرَجَّحَ قَوْلُهُ بِمَعْنَاهُ أَوْ أَصْلُ بِجَوَابِهِ.

متن الخطاب

الطارئ على المقيم قال المدعى عليه أنت لا تدعي على معرفة ذلك لأنني لست من بلدك [ويجوز¹²⁵¹]
أن يكون صادقا، وكذلك إن ادعى المقيم عبدا أتى به الطارئ لم يحلفه لأنه لا علم عنده هل هو ملكه
أم لا؟ فإن أقام شاهدا أنه عبده حلف معه، وإن نكل لم يرد اليمين لأن الآخر لا
علم عنده فلا يحلف/ على تكذيب الشاهد. انتهى؟ انظر بقية كلامه وكلام المدونة وشروحها، وانظر
ابن فرحون في فصل توقيف الشيء المدعى فيه، فإن كلامه أصرح من هذا. والله أعلم.
ص: ثم مدعى عليه ترجح قوله بمعهود أو أصل ش: المعهود هو شهادة العرف ونحوه، والأصل
استصحاب الحال. قاله ابن عبد السلام. والله أعلم.

126

مسألة: قال ابن فرحون في الكلام على القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى ما نصه: مسألة:
إذا ادعى رجل قبل رجل حقوقا وكشفه عن بعضها، وسأله الجواب عما كشفه عنه، فقال له المطلوب
اجمع [مطالبك¹²⁵²] حتى أجيبك لم يكن له ذلك، وله أن يطلب من حقوقه ما شاء ويترك ما شاء،
وإن كان إنما قال له هل لك في هذه القرية شيء غير الابتياح الذي قمت به علي، فقال له خصمه
جاوبني عن الابتياح أولا، فليس له ذلك حتى يقول له ليس لي دعوى غير الابتياح، وحينئذ يلزم
المطلوب الجواب بالإقرار أو الإنكار.

قال المتيطي: وهذا خلاف ما حكاه ابن أبي زمنين في التفرقة بين المواريث وغيرها؛ لأن المواريث لا
يحاط بها فيلزم المدعى عليه الجواب على ما ادعى عليه فيها، بخلاف غير المواريث لا يلزم المدعى
عليه الجواب حتى يجمع المدعي دعاويه كلها. انتهى. وذكرها بعد هذا في فصل مسائل تتعلق
بحكم اليمين، ونصه: مسألة: قال ابن أبي زمنين في المقرب: ومن وجبت له على رجل يمين
لبعض ما جرى بينهما من المعاملات في الأخذ والإعطاء، فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك
إن كنت تزعم أن لك عندي مطلبا غير هذا الذي تريد إحلافي عليه لأحلف في جميع ذلك يميننا
واحدة فهو من حق المدعى عليه بخلاف من وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث فقال المدعى
عليه للمدعي اجمع مطالبك قبلي في هذا الميراث لأحلف لك على هذا كله يميننا واحدة لم يكن له
ذلك؛ لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وقد تقدم في فصل الجواب عن الدعوى حكم هذه المسألة،
وفيها من الخلاف غير هذا. انتهى. وفي الفصل الثاني من مفيد الحكم ابن أبي زمنين: ومن لزمك
له يمين بلا بينة إلا بمجرد الدعوى في قول من يرى ذلك فلك أن تقول له اجمع دعاويك كلها قبلي
لأدخلها في يميني ولو لزمك له بسبب ميراث لم يكن لك أن تقول اجمع دعاويك كلها [قبلي¹²⁵³]
لأدخلها في يميني؛ لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وهذا الذي أخذنا عن مشيختنا. انتهى. ولم
يحك فيه خلافا، وبهذا جرى العمل في هذا الزمان، وذكر في التبصرة بعد هذه المسألة في الموضع
الثاني مسألة من الوثائق المجموعة تشهد لهذا؛ وهي من ادعى بحقوق وزعم أنه لا

الحديث

1251 - في المطبوع ولا يجوز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 ويحيى ص 60 ويم ص 56 و م ص 45 ومايأبى 98.

1252 * - في المطبوع مطالبك وما بين المعقوفين من يحيى 406 وم 45 ويم 82.

1253 ساقطة من المطبوع ومايأبى 98 ويحيى ص 60 ويم ص 57 و م ص 46 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 126.

بينة له على بعضها وله بينة على بعضها وأراد استحلافه فيما لا بينة له فيه ويبقى على إقامة البينة فيما له فيه بينة فإنه إن التزم أنه إن لم تقم له بينة فيما زعم أن له فيه بينة لم تكن له يمين على المدعى عليه فإنه يحلفه الآن، فإن أقام البينة وإلا فلا يمين له عليه، وإن لم يلتزم ذلك لم يستعمل يمينه حتى يقيم البينة، فإن أقامها وإلا جمع دعاويه وحلف له على الجميع. انتهى.

فرع: وإذا قلنا إن [الدعاوي تجمع] ¹²⁵⁴ في يمين واحدة فإذا كان بعضها مما تغلظ فيه اليمين وبعضها لا تغلظ فيه اليمين، فإن من وجبت عليه اليمين يخير بين أن يحلف يميناً واحدة في المسجد وبين أن يحلف على ما لا تغلظ فيه في غير المسجد، ثم يحلف أخرى في المسجد، ذكره ابن سهل في ترجمة جمع دعاوى في يمين واحدة.

تنبيه: قوله ثم مدعى عليه هذا إذا كان المدعى عليه ممن يصح إقراره، فإن كان ممن لا يصح إقراره فقال ابن فرحون في تبصرته: ليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره. قاله في الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم، وأعلم أن الدعوى على المحجور على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يدعى عليه بما لا يلزمه ولو قامت به البينة كالبيع والشراء والسلف والإبراء، فهذا لا يسمع القاضي الدعوى به ولا البينة، والقسم الثاني ما يلزمه في ماله إذا قامت به البينة ولا يلزمه بإقراره/ كالغصب والاستهلاك والإتلاف واستحقاق شيء من ماله ونحو ذلك من الجراح التي لا توجب القصاص، وإنما توجب المال، فهذا يسمع القاضي الدعوى به، ويكلف المدعي إثبات ما ادعاه، ويحكم به في مال المحجور، ولا يكلف المحجور إقراراً ولا إنكاراً. القسم الثالث ما يلزم المحجور إذا أقر به كالطلاق والجراح التي توجب القصاص إذا كان المحجور بالغاً فهذا تسمع الدعوى فيه ويكلف الإقرار والإنكار، وهذا التقسيم مأخوذ من كلام ابن فرحون المشار إليه، وما ذكره في باب الحجر من أنه يلزمه الطلاق والحدود ونحو ذلك فتأمله. والله أعلم. وأما عكس هذا وهو دعوى المحجور على غيره فقال في معين الحكام: يجوز للمحجور طلب حقوقه كلها عند قاض أو غيره ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته. قال ابن بكير: وله أن يوكل على ذلك ليعلم ما يتوجه إليه، وخالفه غيره في ذلك. انتهى.

وقال في المتبعية في الوصايا في فصل تقديم الوصي: قال غير واحد من الموثقين: وللسفيه طلب حقوقه بمحضر وصيه وفي مغيبه، والخصام فيها وليس له أن يوكل على طلبها، وقال ابن بقي وغيره له أن يوكل، كما له أن يطلب، وعلى هذا مضى العمل. انتهى. وقال ابن رشد في نوازل المحجور أن يطلب وصيه وغيره بما له قبله من حق ليظهره وليبينه، فإن ظهر من وصيه إنكار لحقه ووجد عزل عنه. انتهى. وانظر القلشاني عند قول الرسالة: "ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه".

فرع: قال في معين الحكام: ولو طلب يتيم ولا وصي له ولا مقدم حقاً له فسأل المطلوب أن يقدم عليه لأجل الخصام فلا يمكن من ذلك، وإذا استحق اليتيم حقه قدم القاضي من يقبضه له، ويجوز الاحتساب للأيتام إن لم يكن لهم ولي إلا أن يخاف ضعفه. انتهى.

نص خليل
 إِنَّ خَالَطَهُ بَدَيْنٍ أَوْ تَكَرَّرَ بَيْعٌ وَإِنْ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ لَا بَيِّنَةً جُرِحَتْ إِلَّا الصَّانِعَ وَالْمُتَّهَمَ وَالضَّيْفَ وَفِي
 مُعَيَّنٍ وَالْوَدِيعَةَ عَلَى أَهْلِهَا وَالْمُسَافِرَ عَلَى رُفَقَتِهِ وَدَعَا مَرِيضٍ أَوْ بَائِعٍ عَلَى حَاضِرٍ الْمُرَايَدَةِ فَإِنْ أَقَرَّ فَلَهُ
 الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ وَلِلْحَاكِمِ تَنْبِيْهُهُ عَلَيْهِ.

متن الخطاب ص: إن خالطه بدين أو تكرر بيع وإن بشهادة امرأة ش: ما قاله الشارح وابن غازي كاف في ذلك، وظهره أن المرة الواحدة في الدين تكفي وهو كذلك كما سيأتي في الفرع الآتي، ونصه: فرع: قال في التوضيح: وفي سماع يحيى عن ابن القاسم من كتاب الشهادات فيمن يأتي قوما بذكر حق كتبه على نفسه لرجل غائب فيشهد بما فيه لا أرى أن يكتب [فيه لأنني أخاف] ¹²⁵⁵ [أن يكتب] ¹²⁵⁶ على نفسه لرجل غائب ليستوجب بذلك مخالطته فيحلفه إن ادعى عليه بعض الشيوخ فظاهره أن المرة الواحدة مخالطة. انتهى كلام التوضيح في كلامه على الخلطة، وقال الشيخ أبو الحسن في كلامه على نفقة الزوجة من كتاب النكاح الثاني عن أبي محمد صالح: ينبغي لمن أتاه رجل بكتاب فيه دين فقال له اشهد علي بما فيه أن لا يشهد إلا بحضور من له الدين خوفا من هذا.

قال الشيخ: وذكر الشيخ ابن رشد في سماع يحيى أن الموثق إذا أراد أن يتحرز من هذا يكتب أقر فلان لفلان بدين من غير محضر من المقر له. قال الشيخ: وهذا أبين مما قاله أبو محمد صالح فيكتب إقراره كما ذكر، ثم لا يحكم له بذلك حتى/ يقدم فإن ادعاه أنفذ، والعمل اليوم على إيجاب اليمين من غير خلطة فلا يحتاج إلى التحرز مما ذكر. انتهى. والله اعلم.

128

ص: والضيف ش: قال ابن غازي: الثالث الغريب ينزل بمدينة فيدعي على رجل منها أنه استودعه مالا فكأنه عبر بالضيف عن الغريب الطارئ على البلد، سواء ضيفه المدعى عليه أم لم يضيفه، وبهذا يساعد نص المتيطي ويتبادر من عبارة المصنف غير هذا، ولكن لم أر من ذكره. انتهى. وقد ذكره ابن فرحون في تبصرته، ونصه: ومنها الرجل يتضيف عند الرجل فيدعي عليه. انتهى. ومن المواضع التي لا [تحتاج] ¹²⁵⁷ إلى اثبات الخلطة. قال ابن فرحون: لو لقي رجل رجلا فادعى عليه بقية كرائه حلف المدعى عليه أنه ما اكترى منه شيئا، وكذلك إن كان المدعى عليه هو صاحب الدابة حلف إن كان منكرا. انتهى.

ص: وفي معين ش: انظر الإكمال في حديث الحضرمي والكندي من كتاب الإيمان [فإنه أطال] ¹²⁵⁸ الكلام عليه وذكر الفوائد المستنبطة من هذا الحديث 1. والله أعلم.

ص: وللحاكم تنبيهه عليه ش: هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال في التوضيح: وظهره التخيير وفي النوار عن ابن عبد الحكم، وإذا أقر المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه لئلا ينكر. انتهى. وفي تبصرة ابن فرحون: من الأمور التي تنبغي للحاكم مع الخصوم أنه لا بأس أن يلحق أحدهما حجة عجز عنها، وإنما أكره له أن يلحقه حجة الفجور، وصورة ذلك أن يقول لخصمه يلزمك على قولك كذا وكذا فيفهم خصمه حجته، ولا يقول لمن له المنفعة قل له [كذا] ¹²⁵⁹، وقال أشهب للقاضي أن يشد عضد أحدهما إذا رأى

1- سبق تخريجه، ص 337.

الحديث

¹²⁵⁵ * - في المطبوع فيه إذا خاف وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 20.

¹²⁵⁶ * - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 127 ويحيى 61 وم 46 ويم 57.

¹²⁵⁷ - في المطبوع يحتاج وما بين المعقوفين من م 46.

¹²⁵⁸ - في المطبوع فإن طال وما بين المعقوفين من م 46.

¹²⁵⁹ - في المطبوع كما وما بين المعقوفين من م 46.

منه ضعفاً أو يراه يخافه؛ لينشط وينبسط أمله في الإنصاف، وقال ابن عبد الحكم لا بأس أن يلقنه حجة لا يعرفها، وخالف سحنون أشهب وابن عبد الحكم فيما قالاه، وقال ابن الماجشون: ينبغي للقاضي تنبيه كل خصم على تقييد ما ينتفع به من قول خصمه إن غفل، ولا ينبه بعضاً دون بعض من معين الحكام، وإذا أقر أحد الخصمين فليقل لخصمه هات قرطاساً أكتب لك قوله، ولا ينبغي له ترك ذلك وليفعل ذلك بجميع الخصوم. انتهى. وهذه المسألة ذكرها في مختصر الواضحة، وترجم

متن الخطاب

عليها بما نصه: ما ينهي عنه من تلقين القاضي أحد الخصمين وتضفيهما/ بينهما حججا لا ينتقلان منها، [وما يومر¹²⁶⁰] به من ذلك، ثم ذكر هذه المسألة التي ذكرها ابن فرحون [في هذه الترجمة،¹²⁶¹] وذكر قوله: "وتضفيهما" بلفظ [ولا يضفهما¹²⁶²] حججا لا ينتقلان منها إلى غيرها. انتهى. فتأمله. والله أعلم. وفي عبارة بعضهم ولا يصفهما بصاد مهملة ثم فاء ثم راء مهملة مضارع صفر، وفي بعضها يصفها بتقديم الراء على الفاء من الصرف، وذلك كله غير صحيح، بل الكلمة بضاد معجمة ثم فاء ثم زاي معجمة مضارع صفز.

129

قال في القاموس في فصل الضاد المعجمة من باب الزاي: الضفز [لقم¹²⁶³] البعير أو مع كراهته ذلك والدفع والجماع [والعدو¹²⁶⁴] والوثب [والقفز¹²⁶⁵] والضرب باليد والرجل وإدخال اللجام [في¹²⁶⁶] في الفرس، [والضفيز الغطيظ وبهاء اللقمة العظيمة واضطره¹²⁶⁷] التقمه كارها. انتهى. وفي المحكم: الضفز والضفيز شعير [يجش¹²⁶⁸] ثم يبيل ويعلفه البعير، وقد ضفزت البعير أضفره فاضطرز، وقيل الضفز أن تلقمه لقماً كباراً، وقيل هو أن يكرهه على اللقم، وضفزت الفرس اللجام إذا أدخلته في فيه، وضفره بيده ورجله ضربه، وضفرها أكثر لها من الجماع. قاله ابن الأعرابي. انتهى. والمعنى لا يدخلها عليهم أو لا يلزمهم إياها حججا. والله أعلم. وقال في مختصر الواضحة في الترجمة المذكورة: وإذا تواضع الخصمان عند القاضي الحجج معنى قوله تواضع الخصمان. والله أعلم. وضع كل واحد حجته وكتبها وقيدها. والله أعلم.

الحديث

1260 - في المطبوع و لا بأس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 61 ويم ص 57 و م ص 46 ومايأبى 100.
1261 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 61 ويم ص 57 و م ص 46 ومايأبى 100.

1262 * - في المطبوع يضفرهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
1263 - في المطبوع لغم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 (وم ص 46 لثم) ومايأبى 100.
1264 - في المطبوع والعدد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 و م ص 46 ومايأبى 100.

1265 - في المطبوع و م ص 46 والعقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 ومايأبى 100 والعقر.

1266 - ساقطة من المطبوع ومايأبى 100 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 و م ص 46.

1267 - في المطبوع والضفز الغليظ ومنها اللقمة الغليظة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص 62 ويم ص 58 وم ص 46 (ومايأبى 100 والضفز الغطيظ وبها اللقمة الغليظة).

1268 * - في المطبوع يحش وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل وَإِنْ أَنْكَرَ قَالَ أَلَّاكَ بَيِّنَةٌ.

متن الخطاب

ص: وَإِنْ أَنْكَرَ قَالَ أَلَّاكَ بَيِّنَةٌ ش: ظاهر هذا أن القاضي لا يسمع من بينة المدعي حتى يسأل المدعي عليه، ولا شك أن هذا هو الأكمل فإن سمع البينة قبل ذلك لم يكن خطأ. قال في المتبعية في آخر كتاب حريم البئر: واستحسن أهل العلم أن لا يسمع القاضي من البينة إلا بعد ثبوت المقالة وعلى ذلك بنيت الأحكام، ومن حجتهم في ذلك أنه قد يمكن أن يقر المدعي عليه بدعوى المدعي فيستغني عن الإثبات، ولكنه إن سمع البينة قبل انعقاد المقالة لم يكن ذلك من الخطأ الذي يوجب نقض الحكم. انتهى.

تدبيه: للقاضي أن يسمع البينة قبل الخصومة على مذهب ابن القاسم، خلافا لعبد الملك. قال في المدونة في باب المفقود من كتاب طلاق السنة: وإن أقام رجل البينة أنه أي المفقود أوصى له بشيء أو أسند إليه الوصية سمعت بينته، فإذا قضى بموته بحقيقة أو بتعمير جعلت الوصي وصيا وأعطيت الموصى له وصيته إن كان حيا وحملها الثلث، ولا أعيد البينة وكذلك إن أقامت امرأة بينة أنه زوجها قضيت لها كقضيتي على الغائب. انتهى. وقال ابن فرحون في التبصرة في الفصل السادس من الركن الأول من الباب الخامس من القسم الأول: مسألة: قال ابن الماجشون: العمل عندنا أن يسمع القاضي من بينة الخصم ويوقع شهادتهم، حضر الخصم أم لم يحضر، فإذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة وفيها أسماء الشهود وأنسابهم ومساكنهم، فإن كان عنده في شهادتهم مدفع أو في عدالتهم مجرح كلفه إثباته، وإلا لزمه القضاء، وإن سأل أن يعيد عليه البينة حتى يشهدوا بمحضره فليس له ذلك، وقال بعض العراقيين لا يكون إيقاع الشهود إلا بمحضر الخصم المشهود عليه.

قال ابن حبيب: وقال لي مطرف وأصبع مثله، وقال فضل وسحنون مثله إلا أن يكون الخصم غائبا غيبة بعيدة. انتهى. وقال في العتبية في أول مسألة من سماع عيسى من كتاب الأقضية: قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن رجل ادعى وكالة ولم يثبتها بعد وشهود الحق الذي وكل فيه حضور أيقبل القاضي شهادتهم؟ قال: إن خاف أن يخرجوا إلى موضع وكان لذلك وجه قبل القاضي شهادتهم ثم يثبت الوكالة بعد، وإلا فلا حتى تثبت الوكالة.

قال ابن رشد: هذا صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها من قول ابن القاسم، وروايته عن مالك أن القاضي يسمع من البينة قبل وقت [وجوب الحكم] ¹²⁶⁹ بها من ذلك قوله في كتاب طلاق السنة منها أن القاضي يسمع البينة على المفقود بأنه أوصى بوصية/ أو أوصى إلى رجل قبل الحكم بتمويلته، ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون أن القاضي لا يقبل من أحد بينة ولا يسمعها إلا في حال يحكم بها للطالب أو يدفع بها عن المطلوب أنه لا يسمع من بينته حتى تثبت وكالته، وإن خشي مغيب بينته أشهد على شهادتهم. انتهى. وقال في النوادر في كتاب أدب القضاء في إنصاف الخصمين والعدل بينهما: قال مطرف وابن الماجشون: ولا يسمع من أحد الخصمين إلا بمحضر صاحبه إلا أن يعرف من المتخلف لدا في تخلفه فيشكو إليه فيسمع منه، ثم ذكر عن المجموعة عن أشهب كلاما، ثم قال: ومن العدل بين الخصمين أن لا يجيب أحدهما في غيبة الآخر

130

الحديث

نص خليل فَإِنْ نَفَاها وَاسْتَحْلَفَهُ.

متن الخطاب إلا أن يعرف لددا من المتخلف أو لم [يكن¹²⁷⁰] يعرف وجه خصومة المدعي فلا بأس أن يسمع منه حتى يعلم أمره، وإذا جاء أحدهما ولم يحضر الآخر فلا يسمع منه حجته، وليأمره بإحضار خصمه، أو يعطيه طينه أو يكتب بجلبه إلا أن يكون لم يعلم ما خصومتهما فلا بأس أن يسمع منه. انتهى. ونقله ابن بطال في أوائل مقنعه، وقال في الباب: الذي قبله قال محمد بن عبد الحكم وإذا استعدى رجل على رجل بدعوى عند الحاكم فإن كان في المصر أو قريبا منه أعطاه طابعا في جلبه أو رسولا وإن كان بعيدا من المصر لم يجلبه إلا أن يشهد عليه شاهدان أو شاهد، فإذا ثبت عنده كتب إلى من يثق به من أمنائه إما أنصفه، وإلا فليرتفع معه، وأما القريب من المدينة مثل أن يأتي ثم يرجع ويبيت في منزله والطريق مأمونة فهذا [يرفع¹²⁷¹] بالدعوى كالذي في المصر. انتهى. ونقله ابن فرحون في الفصل المتقدم ذكره، وأطال الكلام فيه فراجعه. والله أعلم.

ص: فَإِنْ نَفَاها واستحلفه إلى آخره ش: قوله: "واستحلفه" يشير إلى أن القاضي لا يستحلف الخصم حتى يطلب ذلك خصمه. قال ابن فرحون في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم: ومنها أن القاضي لا يستحلف المدعى عليه إذا أنكر إلا بإذن المدعي إلا أن يكون من شاهد ذلك ما يدل على أنه أراد ذلك من القاضي، وقد ذكر عن بعض القضاة أن رجلا ادعى على آخر ثلاثين دينارا فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضي فقال الطالب لم [آذن¹²⁷²] في هذه اليمين ولم أرض بها ولا بد أن تعاد اليمين فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله ثلاثين دينارا كراهة أن يكلفه إعادة اليمين التي قضى عليه بها، وإذا استحلفه له فلا بد من حضور المحلوف له أو وكيله فإن تغيب وثبت تغيبه عند القاضي أقام القاضي من [يقتضيها¹²⁷³]. انتهى. وما ذكره فيما إذا تغيب عن اليمين ذكره البرزلي في مسائل التفليس، ونصه: من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها فالقاضي يوكل من يتقاضى عنه اليمين إذا ثبت مغيب من وجبت له اليمين وشهد على ذلك من نظره، وقال في أوائل الفصل الذي ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين: مسألة: وإذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم تجزه اليمين، وكذلك إذا بادر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك فإن لم يرض [بها لم¹²⁷⁴] تجزه. انظر المنتقى للباقي وأحكام ابن سهل. انتهى. وعكس هذا أن يطلب الطالب اليمين من المطلوب بغير محضر الحاكم وأمره فيحلف له، فإن ذلك يكفيه كما سيأتي عند الكلام على النكول، ويحمل قول المؤلف: "وله يمينه" أنه لم يحلفه عند حاكم أو دون حاكم. والله أعلم.

الحديث

1270 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص 62 ويم ص 58 و م ص 47 ومايأبى 101.

1271 - في المطبوع يم ص 58 يرجع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 130 ويحيى ص 62 و م ص 47 ومايأبى 101.

1272 - في المطبوع أخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص 63 ويم ص 58 و م ص 47 ومايأبى 101.

1273 -* في المطبوع يقضيها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 20 ومايأبى 101 ويحيى 409.

1274 - في المطبوع قبل أن يسأله لم تجزه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص 63 ويم ص 58 و م ص 47 ومايأبى 101.

نص خليل
فَلَا بَيِّنَةٌ إِلَّا لِعُذْرٍ كَنَسِيَانٍ أَوْ وَجَدَ ثَانِيًا أَوْ مَعَ يَمِينٍ لَمْ يَرَهُ الْأَوَّلُ وَلَهُ يَمِينُهُ أَنَّهُ لَمْ يُحْلَفْهُ أَوَّلًا قَالَ وَكَذَا أَنَّهُ عَالِمٌ بِفُسْقِ شُهُودِهِ وَأَعْدَرَ إِلَيْهِ بِأَبْقِيَتِ لَكَ حُجَّةٌ.

متن الخطاب
فرع: قال ابن فرحون في آخر الفصل الذي ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين: مسألة: وإذا وجبت يمين على رجل فأراد الطالب تأخيرها وأراد المطلوب تعجيلها أو بالعكس، فتعجيلها أوجب لمن طلب ذلك منهما ولا تؤخر. نقله ابن عبد السلام في بعض تعاليقه عن أبي الفرج. انتهى كلام ابن فرحون.
فرع: فإذا كانت الدعوى على امرأة وطلب الخصم أن تحلف بمحضره فقال البرزلي في كتاب الشهادات: قال عبد الوهاب: إذا كانت المرأة من أهل الشرف والقدر جاز للحاكم أن يبعث إليها/ 131
من يحلفها لأنه صيانة ولا مقال للخصم؛ لأن من له إحلافها فليس له ابتذالها. قال البرزلي: يؤخذ من هذه المسألة أن الطالب لليمين لا يحضر معها وبعث القاضي يكفي، ونزلت وحكم بأنه يقف بحيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها؛ لأنه قابض لليمين، وعلى ما ذكر هنا يكون على وجه النيابة. انتهى.

ص: فلا بينة إلا لعذر كنسيان ش: قال ابن فرحون في الباب الثالث عشر من التبصرة: تنبيه: قال في المتبعية: ومن الحزم للمدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه أن يلزم المدعي أنه قد أسقط [بينته¹²⁷⁵] ما علم منها وما لم يعلم، فإذا عقد على نفسه مثل هذا لم يكن له أن يقدم عليه بعد يمينه بالبينة. انتهى.

فرع: قال الشيخ زروق في شرح الرسالة: ولو حلفه على أنه متى وجد بينة قام بها ففي أعمال شرطه قولان فانظره. انتهى.

ص: قال وكذا أنه عالم بفسق شهوده ش: انظر إذا ادعى المشهود عليه أن بينه وبين الشهود عداوة وادعى أن خصمه يعلم بذلك فهل له أن يحلفه على ذلك أم لا؟ لم أر الآن فيها نصا، وقد سئلت عنه مرارا فأجبت: الظاهر أن اليمين تلزمه قياسا على هذه المسألة فتأمل. والله أعلم.
ص: وأعذر بأبقيت لك حجة ش: تصويره واضح.

تنبيهان: الأول: كأن المصنف هرب بإفراد الضمير في قوله: "لك" مما في المدونة من تثنيته؛ لأن فيها وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما أبقيت لكما حجة، فإن قال لا حكم بينهما، ثم لا تقبل منه حجة بعد إنفاذه. انتهى.
ف قيل الحجة إنما تطلب ممن يتوجه عليه الحكم وهو المدعى عليه، ولهذا اختصرها أبو محمد بإفراد الضمير، لكن أجيب عنها بأن الحكم تارة يتوجه على الطالب، وتارة على المطلوب لأنه قد تقوى حجة المدعى عليه فتضعف حجة المدعي فيتوجه الحكم عليه بالإبراء وغيره، فلا بد من الإعذار فلما كان يعذر تارة إلى هذا، وتارة إلى هذا اختصر وأتى بذلك في لفظ واحد. كذا قال عياض وغيره. انتهى من التوضيح.

الثاني: اختلف في وقت الإعذار إلى المحكوم عليه فقيل قبل الحكم وبه جرى العمل، وقيل بعده.

نص خليل

وَتُذِبَ تَوْجِيهُهُ مُتَعَدِّ فِيهِ إِلَّا الشَّاهِدَ يَمَّا فِي الْمَجْلِسِ وَمُوجَّهُهُ وَمَرْكَبِي السَّرِّ وَالْمُبَرَّرُ يَغْيِرُ عَدَاوَةً وَمَنْ يُخْشَى مِنْهُ وَأَنْظَرُهُ لَهَا بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ حَكَمَ كَنْفِيهَا وَلِيُجِبَ عَنِ الْمُجَرَّحِ وَيُعْجِزُهُ إِلَّا فِي دَمٍ وَحُبْسٍ وَعِتْقٍ وَتَسْبِيٍّ وَطَلَاقٍ وَكَتَبَهُ وَإِنْ لَمْ يُجِبْ حُبْسَ وَأَدَبَ ثُمَّ حَكَمَ بِلَا يَمِينٍ وَلَمْ دَعَى عَلَيْهِ السُّؤَالُ عَنِ السَّبَبِ وَقَبِلَ نِسْيَانُهُ بِلَا يَمِينٍ.

متن الخطاب

132

ذكره في مفيد الحكام، ونقله ابن فرحون في تبصرته، وفي مسائل ابن زرب ولا تتم قضية القاضي إلا بعد الإعذار. انتهى. وفي آخر وثائق/ الجزيري في تسجيل بنقض حكم قضاء قاضٍ [ونظر¹²⁷⁶] فيه فتبين له من خطئه وجهله بالسنة ما أوجب فسخ قضائه عند فلان إذا كان لم يعذر إليه أو لم يصرح بأسماء الشهود الذين حكم بهم إذ ليس ذلك جائزاً؛ إذ ليس بمشهور بالعدل في الحكم. انتهى. فعلم منه أن الحكم قبل الإعذار لا يجوز، وفي البرزلي في مسائل الأقضية: وحكى ابن فرحون¹²⁷⁷ مسألة طول فيها من ابتياع وخصومة فيها فذكر فيها أن حكماً وقع بغير إعذار فاختلف فيه، فذهب منذر بن إسحاق إلى أن الحكم بغير إعذار غير صواب ولا هو من وجه الحق؛ لأنه من قبيل من لا يجب قبوله وليس نظره بحجة، قال: وفيه ضعف، وقال مطرف وابن الماجشون إذا لم يكتب الإعذار في الحكم، وزعم المكتوب عليه بعد موت الحاكم أو عزله أنه لم يمكنه من جرح الشاهد فلا يسمع منه، والحكم ماضٍ عليه، وقال غيرهما إن دعي إلى الإعذار فإنه يعذر إليه وذلك من حقه، فإن أتى بمدفع نظر له، وإن لم يأت بمدفع مضى الحكم بالإعذار إليه، ولا يستأنف النظر فيما تقدم من الحكم لغفلة من غفل عن تتبع حقه. انتهى. ويؤخذ من المسألة الثانية من سماع عبد الملك بن الحسن من الاستحقاق أن الغائب على حجته، وله نقض الحكم إذا ظهر ما ينقضه ولو لم ترج له الحجة؛ لأنه في المسألة المذكورة لم ترج له الحجة، وفي أثناء شرح المسألة الأخيرة من رسم طلق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة في تعليل المسألة؛ لأن الشهادة لا يجب الحكم بها إلا بعد الإعذار إلى الشهود عليه. انتهى. وانظر مختصر الواضحة في باب ما يفسخ فيه حكم القاضي. والله أعلم.

ص: وتُذِبَ تَوْجِيهُهُ مُتَعَدِّ فِيهِ ش: الضمير المجرور بفي يعود على الإعذار المدلول عليه بقوله وأعذر؛ يعني أنه يستحب للقاضي إذا وجه من يعذر إلى أحد فليوجه إليه متعدياً. قال في معين الحكام: ينبغي للقاضي أن لا يحكم على أحد حتى يعذر برجل أو رجلين وإذا أعذر بواحد أجزأه. انتهى.

ص: وموجَّهه ش: وكذا لا إعذار فيمن يوجهه القاضي في الإعذار إلى شخص أو غيره. قال في تبصرة ابن فرحون: مسألة: قال أبو إبراهيم: ولا يعذر القاضي فيمن أعذر به إلى مشهود عليه من امرأة أو مريض لا يخرجان.

مسألة: ولا يعذر في الشاهدين اللذين يوجههما لحضور حيازة الشهود لما شهدوا فيه من دار أو عقار،

الحديث

1276 - في المطبوع فنظر وما بين المعقوفين من ما يابى 102.

1277 * - في يحيى 410 وفتاوى البرزلي ج 4 ص 96 وحكى ابن حدير ص 132.

نص خليل

وَأَنْ أَنْكَرَ مَطْلُوبُ الْمَعَامَلَةِ فَالْبَيِّنَةُ ثُمَّ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةٌ بِالْقَضَاءِ بِخِلَافٍ لَا حَقَّ لَكَ عَلَيَّ وَكُلُّ دَعْوَى لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِعَدْلَيْنِ فَلَا يَمِينُ بِمُجَرَّدِهَا وَلَا تُرَدُّ كِنِكَاحٍ وَأَمَرَ بِالصُّلْحِ ذَوِي الْفَضْلِ وَالرَّحِمِ كَأَنْ حَشِي تَفَاقَمَ الْأَمْرِ وَلَا يَحْكُمُ لِمَنْ لَا يَشْهَدُ لَهُ عَلَى الْمُخْتَارِ.

متن الخطاب

وقال ابن سري: سألت ابن عتاب عن ذلك فقال لا إعدار فيمن وجه للإعدار، وأما الوجهان للحيازة فيعذر فيهما وقد اختلف فيهما.

مسألة: وكذلك الشاهدان الوجهان لحضور اليمين لا يحتاج إلى تسميتهما؛ لأنه لا إعدار فيهما على المشهور من القول؛ لأن القاضي أقامهما مقام نفسه، وقيل لا بد من الإعدار فيهما.

مسألة: وكذلك الشهود الذين يحضرون تطليق المرأة وأخذها بشرطها في مسائل الشروط في النكاح لا يحتاج إلى تسميتهم؛ لأنه لا إعدار فيهم. انتهى. قال والدي حفظه الله: ولعل المؤلف أشار إلى جميع ذلك وما أشبهه/ بقوله: "وموجهه". والله أعلم.

133

ص: وإن أنكر مطلوب المعاملة إلى قوله لا حق لك علي ش: تقدم الكلام على هذه المسألة في باب الوكالات عند قول المصنف: "أو أنكر القبض فقامت البينة فشهدت بينة بالتلف" وانظر الباب السادس والخمسين في القضاء بموجب الجحود من القسم الثاني من التبصرة، وانظر رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح.

فرع: قال في أول رسم من سماع عيسى من كتاب المديان فيمن ادعى على رجل بحق، فقال المدعي عليه لا أعرفك، ولا كانت بيني وبينك خلطة قط، ثم ادعى بعد ذلك المدعي عليه قبل المدعي بحق وأتى عليه ببينة. قال: لا أرى أن تنفعه بينته إلا أن تكون بعد ذلك خلطة. ابن رشد: إن أقام بينة عليه من معاملة قائمة قبل إنكاره لم ينتفع بها، وأما إن أقام البينة بحق له من معاملة حديثة بعد إنكاره قضي له بها وإن لم تكن بينهما خلطة، وإن قالت البينة لا ندري هل كانت المعاملة قبل الإقرار أو بعده، فالقول قول الطالب مع يمينه أنها بعد الإقرار. انتهى./

134

ص: وكل دعوى لا تثبت إلا بعديلين فلا يمين بمجردها ش: قال في المسائل الملقوطة: وفي أحكام ابن سهل: وإن ادعى عليه أنه قذفه لم تجب عليه اليمين، إلا إن شهدت بينة بمنازعة وتشاجر كان بينهما، فتجب اليمين حينئذ. انتهى. وقال الرعيني في كتاب الدعوى والإنكار: وإذا ادعى رجل على رجل أنه عبده وأنكر الآخر ذلك فلا قول للمدعي إلا ببينة، ولا يمين على المدعي عليه وهو حر، وإذا كان عبد بيد رجل مقر له بالملك ثم ادعى بعد ذلك الحرية فعليه البينة. انتهى. وانظر بقية فروع المسألة فيها. والله أعلم.

ص: ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار ش:

تنبيه: قال ابن فرحون في تبصرته في الركن الثالث المقضي له: مسألة: وفي ابن يونس لا ينبغي للقاضي أن يحكم بين أحد من عشيرته وبين خصمه وإن رضي الخصم، بخلاف رجلين رضيا بحكم رجل. انتهى.

متن الخطاب

فرع: قال ابن الحاجب: ولا يحكم على عدوه قال في التوضيح: هو متفق عليه، واتفاقهم هنا واختلافهم في الأولى يعني الحكم للقرابة يدل على أن مانع العداوة أقوى من مانع المحبة. انتهى. وسيقول المصنف: "إن مما ينتقض فيه حكم القاضي حكمه على عدوه، وهو كذلك، وصرح به في النوادر، وقال فيها أيضا: قال سحنون: أصله أن من لا تجوز شهادته عليه فلا يجوز أن يقضي عليه، ولا أن يحكم برد شهادته، ولينفذ شهادته غيره إذا ولي في ذلك الشيء وفي غيره، وقاله ابن المواز إذا ثبت أن بينه وبين القاضي الذي رد شهادته عداوة. انتهى. وممن تجوز شهادته عليه يتيم عدوه على الأصح فيصح حكمه عليه. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ لأشهب في المجموعة وكتاب ابن سحنون: لا يجوز أن يقضي القاضي لنفسه، ولا بن رشد في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، فيعاقبه ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة، ودليله قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقة هذه الرواية الصحيحة. انتهى. يعني بقوله هذه الرواية الصحيحة قطعه باعترافه فإنه روي أنه قطعه بالبينة، والأول أصح. قاله ابن رشد في الرسم المذكور من كتاب الأقضية، ولم يذكر ابن رشد ما تقدم إلا على أنه المذهب، ونصه: قيل لمالك رأيت الذي يتناول القاضي بالكلام فيقول له قد ظلمتني؟

قال إن ذلك ليختلف ولم يجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قاله إذا أراد بذلك أذاه وكان القاضي من أهل الفضل أن يعاقبه. ابن رشد: وهذا كما قال لأن للقاضي الفاضل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وأذاه بأن نسب إليه الظلم والجور مواجهة أهل مجلسه بخلاف ما يشهد به عليه أنه آذاه به وهو غائب؛ لأن ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار، وله أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه به أي بإقراره ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم في شيء من ذلك بالبينة، والأصل في ذلك قطع أبي بكر رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقة، وإن كان في حديث¹ الموطأ فاعترف به [الأقطع¹²⁷⁸] أو شهد عليه على الشك فالصواب ما في غير الموطأ أنه اعترف به من غير شك؛ إذ لو لم يعترف لما قطعه بالبينة كما لو كان المسروق له؛ إذ لا فرق بين كونه له أو لزوجته في هذا لأن متاعها كمتاعه، والدليل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعبد الله بن الحضرمي لما جاءه بغلامه فقال إن هذا سرق [مرأة لامرأتي¹²⁷⁹] لا قطع عليه هذا خادمكم سرق متاعكم، ألا ترى أن الرجل لا يجوز أن يشهد لنفسه فإن كان يحكم بالإقرار في [ماله¹²⁸⁰] كما يحكم به في مال غيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه، كما

الحديث

1 - مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلاً من أهل اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر الصديق فشكا إليه أن عامل اليمن قد ظلمه فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر وأبيك ما لي بك بليل سارق ثم إنهم فقدوا عقداً لاسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلبي عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به فاعترف به الأقطع أو شوهد عليه به فأمر به أبو بكر الصديق فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر والله لدعاؤه على نفسه أشد عندي عليه من سرقة، مالك في الموطأ، كتاب الحدود، ط. دار الفكر، رقم الحديث 1581.

1278 - في المطبوع ولا قطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 ويحيى ص 66 ويم ص 59 و م ص 48 وما يابى 104.

1279 - في المطبوع مرة لامرأتي وما بين المعقوفين من الموطأ، كتاب الحدود، ص 755.

1280 - في المطبوع مال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 ويحيى ص 66 ويم ص 60 و م ص 48 وما يابى 104.

نص خليل

وَنَبَذَ حُكْمَ جَائِرٍ وَجَاهِلٍ لَمْ يُشَاوِرْ وَلَا تُعَقَّبَ وَمَضَى غَيْرُ الْجَوْرِ وَلَا يُتَعَقَّبُ حُكْمُ الْعَدْلِ الْعَالِمِ وَتُقْضَى وَبَيِّنُ السَّبَبِ مُطْلَقًا مَا خَالَفَ قَاطِعًا أَوْ جَلِيَّ قِيَاسَ كَاسْتِسْعَاءٍ مُعْتَقٍ وَشَفْعَةٍ جَارٍ وَحُكْمٍ عَلَى عَدُوٍّ أَوْ بِشَهَادَةِ كَافِرٍ أَوْ مِيرَاثٍ ذِي رَحِمٍ أَوْ مَوْلَى أَسْفَلَ أَوْ يَعْلَمُ سَبْقَ مَجْلِسِهِ أَوْ جَعَلَ بَتَّةً وَاحِدَةً أَوْ أَنَّهُ قَصَدَ كَذًا فَأَخْطَأَ بَيِّنَةً أَوْ ظَهَرَ أَنَّهُ قَضَى بَعِيدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ كَأَحَدِهِمَا إِلَّا يَمَالَ فَلَا يُرَدُّ إِنْ حَلَفَ وَلَا أَخَذَ مِنْهُ إِنْ حَلَفَ وَحَلَفَ فِي الْقِصَاصِ خَمْسِينَ مَعَ عَاصِيهِ وَإِنْ تَكَلَّ رُدَّتْ وَغَرِمَ شُهُودٌ عِلْمُوا وَلَا فَعَلَى عَاقِلَةِ الْإِمَامِ.

متن الخطاب

يحكم به في عرض غيره لما يتعلق في ذلك من الحق لله؛ لأن الجراءة على القضاة والحكام بمثل هذا توهين لأمرهم وداعية إلى الضعف عن استيفاء الحقائق في الأحكام، فالمعاقبة في مثل هذا أولى من التجاوز والعفو، وقاله في الواضحة. انتهى.

135

فرع: قال ابن عرفة: قال اللخمي: وما اجتمع فيه حق له ولله في جواز / حكمه فيما هو لله كمن شهد عنده عدلان بأنه سرق من ماله ما يقطع فيه، في حكمه بقطعه قولاً ابن المواز وابن عبد الحكم. قلت: هذا يوهم أن قول محمد إنما هو فيما شهد به عدلان، وفي النواذر ما نصه: قال أشهب في المجموعة إن أخذ القاضي [من سرقه¹²⁸¹] فله قطعه ولا يحكم عليه بالمال، وكذا في الموازية وفي المجموعة، وكذا في محارب قطع عليه الطريق فليحكم عليه بحكم المحارب ولو جاء تائباً.

فرع: مما يجري مجرى القاضي في المنع من الحكم لمن يتهم عليه المفتي؛ يعني لمن يتهم عليه ممن لا تجوز شهادته له، وينبغي للمفتي الهروب من مثل هذا. انتهى من الركن الثالث المقضي له.

فرع: قال الأقفهسي في شرح المختصر في آخر باب الأقضية: وسئل ابن أبي زيد هل يجوز الحكم للمغتربي الذم بالغصب الممتنعين باليد القاهرة على أحد أو لا يجوز الحكم لا لهم ولا عليهم، وما لم يعلم له مالك بعينه ولا هو عين المغصوب مما بأيديهم فهل يحكم له بحكم الفبيء أم لا؟ فأجاب: من كان مغترباً الذمة فلا يحكم له [بما ليس له ولو كان عين الغصب، وما بأيديهم¹²⁸²] إذا لم يعلم له مالك معروف، ولا يعرف وارث مالكة، ولا من يستحقه على حال من الأحوال، ولا يمكن أن يتحاصص في ماله [بتحرر¹²⁸³] ولا غيره؛ إذ لا يحصل ما غصب ولا [قربه¹²⁸⁴] ولا يمكن تحريره فإن كان [فيمن¹²⁸⁵] غصبه فقراء فيفرق [بينهم،¹²⁸⁶] ويعطى منهم من كان صغيراً قدر ما يرى وإن كان لا يوجد فيمن غصبه مستحق للصدقة كان حكمه حكم الفبيء، وذلك حكم ما في بيت المال ينظر ما هو أنفع يعمل به إما الصدقة أو بناء القناطر أو جميع ما يصرف فيه متاع بيت المال، وقد وقع في هذا قولان أحدهما يوضع ذلك في بيت المال والآخر في الفقراء، وهي ترجع إلى قول واحد. انتهى.

ص: ونبذ حكم جائر الخ ش: هذا كما قال القضاة ثلاثة الأول الجائر فتنبذ أحكامه كلها أي تطرح

الحديث

- 1281 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويحيى ص 66 ويم ص 60 و م ص 48 ومايبي 105.
1282 - في المطبوع ومايبي 105 ويم 60 وم 49 ولو كان عين الغصب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 135 ويحيى 66.
1283 - في المطبوع ومايبي 105 بتجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويحيى ص 66 ويم ص 60 و م ص 49.
1284 - في المطبوع ويحيى قرينة ص 66 أقرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويم ص 60 و م ص 49 ومايبي 105.
1285 - في المطبوع ومايبي 105 ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135.
1286 - في المطبوع ويحيى ص 66 ويم ص 60 و م ص 49 فيهم ومايبي 105 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135.

136 وترد، سواء/ كان عالما أو جاهلا، وظاهره ولو علم أن ما حكم به حق، والثاني الجاهل فإن كان لم يشاور العلماء نبذ حكمه مطلقا أيضا؛ لأن أحكامه كلها باطلة؛ لأنها بالتخمين وإن كان يشاور العلماء تعقبت أحكامه وأمضى منها ما ليس فيه جور، ونبذ الآخر، والثالث العدل العالم فلا تتعقب أحكامه ولا ينظر فيها، إلا أن يرفع أحد قضيته ويذكر أنه حكم فيها بغير الصواب فينظر في تلك القضية وتنقض إن خالفت نصا قاطعا أو جلي قياس. قال في العمدة: وإذا حكم بحكم لم يكن له ولا لغيره نقضه إلا أن يحكم بجهل أو يخالف قاطعا أو يكون جورا بينا. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: وفي مختصر الواضحة: وعلى القاضي إذا أقر بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبيننة العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح، ولا تجوز ولايته أبدا ولا شهادته وإن أحدث توبة وصلحت حالته بما إجتزم في حكم الله تعالى. انتهى./

متن الخطاب

137

فرع: اختلف في أحكام العمال فظاهر قول مالك في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية أنها محمولة على الرد حتى يتبين أنها كانت أمضيت بحق فتجوز، وهو خلاف ما وقع من قوله في المدونة فيما قضت فيه ولاية المياه أن ذلك جائز، إلا أن يكون جورا بينا؛ لأن هذا يقتضي أنها على الإجازة فلا ينظر فيها ولا تتعقب ما لم يتبين فيها الجور البين، وهذا الاختلاف إنما يصح في غير العدل من الولاية فمرة رآها جائزة ما لم يتبين الجور، وهو مذهب أصبغ، ومرة رآها مردودة ما لم يتبين فيها الحق، وهذا هو اختيار ابن حبيب، وأما العدول منهم فلا اختلاف أن أحكامهم محمولة على الجواز، وأنها لا يرد منها إلا ما تبين فيه الجور، ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على العدل وما في سماع ابن القاسم على غيره، فلا يكون اختلاف من قول مالك.

فرع: قال ابن رشد: وإن جهل حاله فالذي أقول به أنه ينظر إلى الذي ولاه، فإن كان عدلا فهو محمول على العدالة، وإن كان جائرا يولي غير العدول، فهو محمول على غير العدالة وإن كان غير عدل، إلا أنه لا يعرف بالجور في أحكامه وتوليته غير العدول جرى ذلك على الاختلاف في جواز أحكامه. انتهى. وفي شرح مسلم للقرطبي في كتاب الإمارة في بعث معاذ وأبي موسى رضي الله عنهما إلى اليمن وقتل المرتد قال: وفيه -يعني الحديث¹- حجة على أن لولاية الأمصار إقامة الحدود في القتل والزنا وغير ذلك، وهو مذهب كافة العلماء مالك والشافعي وأبي حنيفة وغيرهم، واختلف في إقامة ولاية المياه وأشباههم لذلك، فرأى ذلك أشهب لهم إذا جعل ذلك الإمام لهم، وقال ابن القاسم نحوه، وقال الكوفيون لا يقيمه إلا فقهاء الأمصار ولا يقيمه عامل السواد، واختلف في القضاة إذا كانت ولايتهم مطلقة غير مقيدة بنوع من الأحكام، فالجمهور على أن جميع ذلك لهم من إقامة الحدود وإثبات الحقوق وتغيير المنكر والنظر في المصالح، قام بذلك قائم أو اختص بحق الله، وحكمه عندهم حكم الوصي المطلق في كل شيء إلا ما يختص بضبطه بيضة الإسلام من إعداد الجيوش وجباية الخراج. انتهى. ونحوه لعياض في الإكمال.

فرع: قال ابن رشد أيضا: واختلف الشيوخ عندنا في أحكام ولاية الكور فأماها أبو إبراهيم، ولم

1- مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، ط. دار إحياء التراث العربي. رقم الحديث 1733

نص خليل

وَفِي الْقَطْعِ حَلْفَ الْمُقْطُوعِ أَنَّهَا بَاطِلَةٌ وَنَقَضَهُ هُوَ فَقَطَّ إِنَّ ظَهَرَ أَنَّ غَيْرَهُ أَصَوَّبُ أَوْ حَرَجَ عَنْ رَأْيِهِ أَوْ رَأَى مُقْلِدَهُ.

متن الخطاب

يجزها للؤلئي حتى يجعل إليه مع القيادة والنظر في أمور الكورة النظر في الأحكام، واستحسن ابن أبي زمنين إذا كان للكورة قاض قد أفرد للنظر في الأحكام أن لا يجوز حكم الولاة، وإن لم يكن لها قاض أن يجوز حكمهم؛ لما للناس في ذلك من الرفق، وهذا أحسن الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأنه إذا ولي مع القائد حاكم فقد بان أنه حجر عليه الحكم في الأحكام، وإذا لم يول معه وجب أن يجوز حكمه كما قال مالك في ولاة المياه. انتهى من الرسم المذكور وولاة المياه. قال في التنبيهات: وولاة المياه البوادي الذين يسكنون على المياه خلاف أهل الأمصار. انتهى.

ص: وفي القطع حلف المقطوع أنها باطلة ش: يعني فإن كانت الشهادة في قطع فإن شهدا أن هذا قطع يد هذا عمدا ثم تبين أن أحدهما عبد أو كافر أو صبي أو فاسق فإنه يحلف المحكوم له بالقصاص، فإن نكل حلف المقطوع يده على رد شهادة الشاهد واستحق دية يده. قال ابن عبد السلام: وحكمها حكم الدية في المسألة الأولى -يعني مسألة القصاص- فيكون الحكم على ما قال المصنف أن الغرم على الشهود إن علموا، وإلا فعلى عاقلة الإمام، وفي كتاب الحدود من المدونة: وإن شهدا عليه بقطع يد رجل عمدا فاقصص منه، ثم تبين أن أحدهما عبد أو من لا تجوز شهادته لم يكن على متولي القطع شيء. قال: وهذا من خطإ الإمام. قال أبو الحسن في المهمات: قلت: فهل للمقتصص منه على الذي اقتصص له [شيء؟ قال: ¹²⁸⁷] لم اسمع عن مالك فيه شيئا [ولا أرى له شيئا. ¹²⁸⁸] قلت: فهل على الذي اقتصص شيء؟ قال: لا. وهذا من خطإ الإمام اللخمي يريد إذا لم يعلم الحر أن الذي معه عبد. انتهى.

138

ص: ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب الخ ش: هذا ما دام على ولايته التي حكم فيها بذلك الحكم. قال في وثائق الجزيري: وللقاضي الرجوع عن حكمه فيما فيه الاختلاف ما دام على خطئه، وليس لمن ولي بعده نقض ذلك الحكم إذا وافق منه قول قائل، وإن كان ضعيفا، وكذلك ليس له هو نقضه إن عاد إلى الحكم بعد العزل وللقاضي فسخ حكم قاض حكم على من بينه وبينه عداوة أو بين أبويهما أو بين الحاكم وأبي المحكوم عليه، ولا ينفذ حكمه عليه، وكذلك حكم الشهادة عليه وإن كان أعدل خلق الله، وقد قال ابن القاسم لا تجوز شهادته عليه ولو كان مثل سليمان. ابن القاسم: وكان سليمان هذا في غاية من الزهد والورع، ولو كانت العداوة في الله لجازت أحكامه وشهادته. انتهى. وقال في المتطية في كتاب الأقضية للقاضي: الرجوع عما حكم به وقضى فيه مما فيه اختلاف بين أهل العلم وفيما تبين له فيه الوهم ما دام على قضائه، فإن عزل أو مات نفذ حكمه ولم يكن لغيره فسخه ما لم يتبين فيه جورا ويكون قد قضى بخطأ لا اختلاف فيه بين أهل العلم وما حكم فيه مما

الحديث

1287 - في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 137 ويحيى ص 67 ويم ص 61 و م ص 49 وما يابى 106.

1288 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 137 ويحيى ص 67 ويم ص 61 و م ص 49

نص خليل وَرَفَعَ الْخِلَافَ لَا أَحَلَ حَرَامًا وَنَقَلَ مُلْكٌ وَفَسَخَ عَقْدٌ وَتَقَرَّرَ نِكَاحٌ بِلَا وَلِيٍّ حُكْمٌ لَا أُجِيرُهُ أَوْ أُفْتَى وَلَمْ يَتَّعَدْ لِمُمَائِلٍ بَلْ إِنْ تَجَدَّدَ فَلَا جُنْهَادُ.

متن الخطاب فيه اختلاف، وإن كان وجهها ضعيفا فلا يحل لأحد سواه فسخه. قال ابن القاسم: وكذلك إن عزل القاضي ثم صرف إلى خطة فليس له أن ينقض ما حكم به إلا ما يكون له من نقض قضاء غيره وعزله وتوليته كعزله وتوليته غيره، ثم نقل عن ابن عبد الحكم أنه ليس له رجوع عما حكم به ثم ذكر أن الخلاف إنما هو إذا حكم بذلك وهو يراه باجتهاده، وأما إن قضى بذلك وهلا أو نسيانا أو جهلا فلا ينبغي الخلاف في أنه يجب عليه أن يرجع عنه إلى ما رأى؛ إذ قد تبين له الخطأ. انتهى. وقال البرزلي في أوائل مسائل القضاء: ابن يونس في المجموعة عن أشهب: إذا اشتكى رجل القاضي أنه جار عليه وحكم عليه بغير الحق فيكشف عن ذلك، فإن أخطأ في رأيه وتبين للعلماء نهاه عن إنفاذه، وإن خف على الإمام جمعهم عنده فعل، وإلا أقعد معه رجالا من أهل العلم والصلاح ويأمرهم بالنظر فيه، ولا ينفرد دونهم، ولا ينفعه قوله كنت حكمت قبل قعودهم؛ لأنه مدع إلا أن يقيم بينة أنه كان حكم فينظر في ذلك الإمام، فإن كان صوابا أو فيه خلاف مضى وإلا فسخ. انتهى.

ص: ورفع الخلاف لا أحل حراما ش: قال في النوادر في كتاب الأقضية في ترجمة ما يحل بحكم الحاكم: ولو طلق امرأته ألبتة فخاصمته إلى من يراها واحدة، والزوجة مذهبها أنها ثلاث، والزوج أيضا ممن يرى أن ألبتة ثلاث/ فلا يحل للزوج أن يقربها حتى تنكح زوجا غيره، ولا يبيح له الحاكم أن تمكنه من نفسها حتى تنكح زوجا غيره من قبل أن الحكم لا يحل لهما ما هو عليهما حرام، وكذلك لو قال لعبده اسقني الماء، يريد بذلك عتقه والسيد يرى أنه لا يلزمه في مثل هذا عتق وإن نواه والعبد يراه عتقا، فللعبد في هذا أن يذهب حيث شاء بما حكم له، ولو قال لزوجته اختاري فقلت قد اخترت نفسي وهي تذهب إلى أن الخيار ثلاث، والزوج يراه واحدة فإن الحكم لا يبيح للمرأة أن تمكن الزوج منها ولتمنعه جهدها، ولو رفعها إلى قاض يرى الخيار طلقة فارتجعها الزوج فلا يبيح لها الحكم ما هو عندها حرام، ولا يحل لها أن يأتيها الزوج إلا وهي كارهة. انتهى.

ص: ونقل ملك وفسخ عقد وتقرر نكاح بلا ولي حكم ش: تصويره واضح. قال في تبصرة ابن فرحون في الفصل الثاني من القسم الأول من الركن السادس في كيفية القضاء ما نصه: اعلم أن القاضي إذا حكم بفسخ نكاح أو بيع أو إجارة وشبه ذلك لموجب من موجبات الفسخ، وذلك في مسألة مختلف فيها، ومثار الخلاف [فيها]¹²⁸⁹ اجتهادي؛ أي ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد، فإن حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ، وأما ما يتبع ذلك من الأحكام والعوارض فذلك القاضي بالنسبة إليها كالمفتي، وكذلك لو حدثت قضية أخرى مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ في ولاية ذلك القاضي ولم ترفع إليه، أو رفعت إليه ولم ينظر فيها حتى عزل أو مات، فإنها تحتاج إلى إنشاء نظر آخر من القاضي الأول أو من القاضي الثاني، وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات لا بالكلييات. انتهى.

نص خليل

كَفَسَخَ بَرَضُ كَبِيرٍ وَتَأْيِيدٌ مَنكُوحَةٍ عِدَّةٍ وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَلَا يَدْعُو لِصَلَحٍ إِنْ ظَهَرَ وَجْهُهُ وَلَا يَسْتَنْدُ لِعِلْمِهِ إِلَّا فِي التَّعْدِيلِ وَالْجَرَحِ كَالشُّهْرَةِ بِذَلِكَ.

متن الخطاب

فرع: إذا باع الحاكم على مفلس أو يتيم أو فعل عقدا من العقود فهل ذلك حكم منه بذلك الفعل أم لا؟ الظاهر أنه ليس بحكم، وقد نقل في التوضيح في بيع البراءة عن المازري ما يقتضى ذلك. والله أعلم. وانظر تبصرة ابن فرحون، فإنه نقل عن القرافي أن ما تولاه من العقود من بيع أو نكاح من في ولايته ليس بحكم.

فرع: قال ابن رشد في نوازل: إشهاد القاضي على نفسه بثبوت العقد عنده حكم بعدالة البينة عنده، فلا يلزم أن يعيد الشهود شهادتهم عند غيره؛ لأن ذلك يوجب أن لا يحكم بشهادتهم إلا بعد علمه بعدالتهم، أو بعد تزكيتهم عنده، وإذا ثبت عنده أن القاضي الأول أشهد بثبوت العقد عنده قضى بشهادتهم بعد الإعذار دون تزكية وإن لم يعرف عدالة. انتهى. ووقع في كلامه بعد ذكره مسألة تخالف ما ذكره في هذه المسألة.

مسألة: سئلت عن مسألة وهي ما إذا أسند شخص وصيته على أولاده إلى شخص، وأثبت ذلك حاكم مالكي وحكم به فهل للحاكم الحنفي أو غيره أن يثبت رشد/ ذلك المحجور ويفك عنه الحجر؟ فأجبت بأنه إذا حكم المالكي بصحة الوصية فلا ينافي ذلك حكم الحنفي أو غيره بفك الحجر عنده بما يوجب ذلك، وأما إذا حكم المالكي بموجب الوصية للحنفي إذا آنس منه الرشد وثبت ذلك عنده أن يحكم بفك الحجر لثبوت الرشد عنده، وأما إذا أراد أن يفك الحجر بغير ذلك كما يذكر عن الحنفية أن الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين سنة انفك عنه الحجر، وإن لم يؤنس رشده فليس له ذلك لأن ذلك مناف لحكم المالكي بموجب الوصية لأن من وجبها أنه لا ينفك عنه الحجر إلا بإيناس الرشد فتأمل. والله أعلم.

فرع: قال القرافي في الفرق الثالث بعد المائتين: الإقطاع حكم من أحكام الأئمة لا ينقض، وذكره في الذخيرة في باب إحياء الموات. والله أعلم.

ص: كفسخ برضاع كبير وتأبيد منكوحة عدة ش: ما ذكره ابن عرفة من البحث مع ابن شاس وتفريقه بين المثالين ظاهر لأن حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح مستلزم لحكمه [بتحريم¹²⁹⁰] رضاع الكبير إذ لا موجب للفسخ سواه، فحكم الثاني بصحة النكاح الثاني رافع لحكم الأول بتحريم رضاع الكبير، فلا يصح حكمه بذلك، بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة فإنه لا يستلزم الحكم بتأبيد حرمتها؛ لأن الفسخ لكون النكاح في العدة فاسدا وتأبيد التحريم أمر وراء ذلك اختلف فيه العلماء هل يستلزمه النكاح في العدة أم لا؟ وأما الفسخ فلا تعلق له به. نعم وقع في عبارة ابن شاس التي نقلها الجماعة عنه، [ومنهم ابن عرفة¹²⁹¹] أن للقاضي فسخ نكاح المعتدة وحرمتها، فإن كان مرادهم بقولهم حرمتها أنه حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر، وإن كان مرادهم أن

الحديث

¹²⁹⁰ * - في المطبوع لتحريم وما بين المعقوفين من يحيى 413 ويم 86 وما يابى 108.

¹²⁹¹ * - في المطبوع منهم ابن عرفة وما بين المعقوفين من يحيى 414 ويم 86 وما يابى 108 وم 50 وسيد 21.

نص خليل

أَوْ إِقْرَارِ الْخَصْمِ بِالْعَدَالَةِ وَإِنْ أَنْكَرَ مَحْكُومٌ عَلَيْهِ إِقْرَارَهُ بَعْدَهُ لَمْ يُفْذَهِ وَإِنْ شَهِدَا بِحُكْمٍ نَسِيَهُ أَوْ أَنْكَرَهُ أَمْضَاهُ وَأَنْهَى لِغَيْرِهِ بِمُشَافَهَةٍ إِنْ كَانَ كُلُّ بَوْلَايَتِهِ.

متن الخطاب

القاضي حكم بتأبيد تحريمها فكيف يصح حكم القاضي الثاني بصحة النكاح الثاني؟ ولعلمهم فهموا المعنى الأول، وأما على المعنى الثاني فلا يجوز للقاضي الثاني أن يحكم بصحة النكاح الثاني. تنبيهه: لو رفع نكاح الناكح في العدة لقاض ففسخ ثم تزوجها ذلك الزوج بعد انقضاء العدة والاستبراء من وطئه فرفع ذلك لقاض يرى تأبيد تحريمها ففسخ النكاح [فلا يصح حينئذ¹²⁹²] لقاض آخر أن يحكم بصحة نكاحها بعد ذلك؛ لأن فسخ هذا النكاح الثاني مستلزم للحكم بتأبيد تحريمها على الناكح في العدة؛ إذ لا مقتضى للفسخ سواه فتأمله. والله أعلم.

141

ص: أو أقر الخصم بالعدالة ش: انظر ابن عرفة ورسم الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم من الشهادات، وتقدم كلام ابن رشد على مسألة الرسم المذكور، وما حصله في ذلك في باب الإقرار عند قول المصنف: "لو شهد فلان غير العدل".

ص: وإن أنكر محكوم عليه إقراره بعده لم يفذه ش: تقدم كلام التوضيح عند قول المصنف: "وشهودا" أن الخصم إذا أقر عند الحاكم فالمشهور أنه لا يحكم عليه ابتداء بما أقر به عنده في مجلسه، حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان، ومقابلته أن له ذلك، وكلام المصنف هذا بعد الوقوع والنزول وهو فيما إذا أقر عنده، وحكم عليه قبل أن يشهد على إقراره فأنكر الخصم الإقرار، والمعنى أن الحاكم إذا حكم مستندا لإقرار المحكوم عليه في مجلسه من غير أن يشهد على إقراره مقلدا للقول بجواز ذلك فإن حكمه بذلك لا ينقض كما تقدم، فإذا قال الحاكم حكمت عليه بمقتضى إقراره عندي، فقال المحكوم عليه لم أقر عنده فلا يفذه ذلك، والقول قول الحاكم. هكذا فرض المسألة في التوضيح وغيره. قال في النوادر: فإن جهل وأنفذ عليه هو حكمه بما أقر به عنده في مجلس الحكم ولم يشهد عليه بذلك غيره فليتنقض هو ذلك ما لم يعزل، فأما غيره من القضاة فلا أحب له نقضه في الإقرار خاصة في مجلس القضاء، وأما ما كان قبل أن يستقضى، أو رآه وهو قاض، أو سمعه من طلاق أو زنا أو غصب أو أخذ مال فلا ينفذ منه شيء، فإن نفذ منه شيء فلا ينفذه أحد غيره من الحكام وليتنقضه. انتهى.

فرع: فإذا أنكرت البينة أن تكون شهدت عند القاضي بما حكم به وهو يقول شهدتم وحكمت بشهادتكم فاختلف في ذلك. قال في النوادر في كتاب أدب القضاة في ترجمة القاضي يقول حكمت لفلان ما نصه: قال ابن القاسم في المجموعة في القاضي يقول لرجل قضيت عليك بكذا بشهادة عدول فأنكر وقال ما شهدوا علي، وسئل الشهود فأنكروا، فقال القاضي قد نزعوا قال يرفع ذلك إلى سلطان غيره فإن كان القاضي ممن يعرف بالعدل لم ينقض قضاؤه أنكر الشهود أو ماتوا، وإن لم يعرف بالعدالة لم ينفذ ذلك، وابتدأ السلطان النظر في ذلك، وقاله سحنون. قال سحنون: ولا يرجع على الشهود بشيء. انتهى. وقال اللخمي: إن أنكرت البينة أن تكون شهدت عليه بتلك الشهادة كان فيها قولان هل يقبل قولهما وينقض الحكم أو يمضي ويعد ذلك منهما رجوعا، وقال ابن القاسم يرفع

الحديث

نص خليل

وَبَشَاهِدَيْنِ مُطْلَقًا وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ خَالَفَا كِتَابَهُ وَتُدِبَ حَتْمُهُ وَلَمْ يُفِدْ وَحْدَهُ وَأَدْيَا وَإِنْ عِنْدَ غَيْرِهِ وَأَفَادَ
 إِنْ أَشْهَدَهُمَا أَنَّ مَا فِيهِ حُكْمُهُ أَوْ خَطُّهُ كَالْإِقْرَارِ وَمَيَّزَ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِنْ اسْمٍ وَحِرْفَةٍ وَغَيْرِهِمَا فَتَنْفَذُهُ
 الثَّانِي وَبَنَى كَأَن تُلْعَلْ لِحُطَّةٍ أُخْرَى وَإِنْ حَدًّا إِنْ كَانَ أَهْلًا أَوْ قَاضِي مِصْرٍ وَإِلَّا فَلَا.

متن الخطاب ذلك الأمر إلى السلطان، فإن كان القاضي عدلا لم ينقض قضاؤه. قال سحنون: ولا يرجع على الشهود بشيء، وقال ابن المواز في كتاب الرجوع عن الشهادة: إذا حكم القاضي بشهادة رجلين على رجل بمائة دينار، ثم أنكر الشاهدان، وقالوا إنما شهدنا بالمائة للآخر المحكوم عليه والقاضي على يقين أن الشهادة كانت على ما حكم قال: فعلى القاضي أن يغرم المائة للمحكوم عليه؛ لأن الشهود شهدوا بخلاف قوله، ولا يجوز للقاضي أن يرجع على المشهود له؛ لأنه يقول حكمت بحق، وهذا خلاف قول ابن القاسم؛ لأنه نقض الحكم فيما بين الحاكم والمحكوم عليه وأغرم المال برجوع البينة، وينبغي على أصله إذا كان/ الحاكم فقيرا أن ينتزع المال من المحكوم له ويرد، إلى المحكوم عليه إذا رفع ذلك إلى حاكم غير الأول. انتهى.

142

قلت: وهذا القول غير ظاهر. والله أعلم. ثم قال اللخمي: وإن قال القاضي أنا أشك أو وهمت نقض الحكم فيما بين المحكوم له والمحكوم عليه، ويرجع الأمر إلى ما تقوله البينة الآن، ويكون على المحكوم له أن يغرم مائتين، المائة التي قبض والمائة التي شهدت بها البينة. انتهى.
 ص: وشاهدين مطلقا ش: قال ابن رشد في شرح أول مسألة من الأقضية: والأصل في هذا أن قول القاضي مقبول فيما أخبر أنه ثبت عنده أو قضى به ينفذ ما أشهد به من ذلك على نفسه ما دام قاضيا لم يعزل. انتهى.

تنبيه: قوله مطلقا يقتضي أنه لا يثبت حكم الحاكم إلا بشاهدين ولو كان المحكوم به مالا وهو مخالف لما سيقوله في الشهادة، فينبغي أن يقيد بذلك، ونقل الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر النكاح الثاني عن ابن رشد أنه قال: المشهور أن حكم الحاكم في المال يثبت بالشاهد واليمين. والله أعلم.

143

ص: ولم يفده وحده ش: يعني أن كتاب القاضي لا يفيد وحده دون إشهاده أن ما فيه حكمه/ أو أنه خطه. قال ابن رشد في شرح أول مسألة من الأقضية: ولا يكتفي في ذلك بالشاهد الواحد ولا بالشهادة على أن الكتاب بخط القاضي ولا أن الختم ختمه، وهذا في الكتب التي تأتي من كورة إلى كورة ومن مثل مكة إلى المدينة، وأما إذا جاء من أعراض المدينة إلى قاضيها كتاب بغير بينة فإنه يقبله بمعرفة الخط والختم وبالشاهد الواحد إذا لم يكن هو صاحب القضية؛ لقرب المسافة واستدراك ما يخشى من التعدي. قاله ابن حبيب. وقال ابن كنانة وابن نافع في الحقوق اليسيرة خلاف ظاهر قول ابن حبيب وقد كان يعمل فيما مضى بمعرفة الخط والختم دون بينة حتى حدث اتهام الناس. قال في رسم الأقضية من سماع أشهب من الوصايا أول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته: وفي البخاري أول من سأل البينة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى وسوار بن عبد الله العبدى، ذكره في الكلام على فرض القاضي للزوجة نفقتها ثم يموت في كتاب النفقات من المدونة، والمسألة تكلم عليها ابن رشد في أول

نص خليل كَأَنْ شَارَكَهُ غَيْرُهُ وَإِنْ مَيِّتًا وَإِنْ لَمْ يُمَيِّزْ فِيهِ إِعْدَائِهِ أَوْ لَا حَتَّى يُثَبِّتَ أَحَدِيَّتُهُ قَوْلَانِ وَالْقَرِيبُ كَالْحَاضِرِ وَالْبَعِيدَةُ كَالْفَرِيقَةِ قُضِيَ عَلَيْهِ بِيَمِينِ الْقَضَاءِ وَسَمَّى الشُّهُودَ وَإِلَّا تُقْضَى وَالْعَشْرَةُ أَوْ الْيَوْمَانِ مَعَ الْخَوْفِ يُقْضَى عَلَيْهِ مَعَهَا فِي غَيْرِ اسْتِحْقَاقِ الْعَقَارِ وَحَكَمَ بِمَا يَتَمَيِّزُ غَائِبًا بِالصِّفَةِ كَدَيْنٍ.

متن الخطاب مسألة من رسم جاع فباع من كتاب عيسى من سماع الشهادة. والله أعلم. انتهى. ثم قال: وإذا كتب إليه يسأله عن الشاهد الذي شهد عنده اكتفي في جوابه بمعرفة الخط، دون الشهادة على الكتاب. قاله ابن حبيب. ما لم يكن فيما سأله عنه، فكتب إليه فيه قضية قاطعة، والقياس أنه لا يكتفي بشيء [من ذلك بمعرفة الخط¹²⁹³] إلا فيما قرب من أعراض المدينة على ما تقدم. انتهى. ص: كَأَنْ شَارَكَهُ غَيْرُهُ ش: قال البرزلي في مسائل النكاح: من شهد عليه بحق فأنكر أن يكون هو المشهود عليه، فذكر ابن رشد أن الأصل أنه هو إذا كان موافقا لما في الوثيقة حتى يثبت أن ثم غيره على صفته ونسبه، فيكون حينئذ الإثبات على الطالب في تعيينه دون غيره، وأحفظ في بعض نوازل ابن الحاج أن الحق يلزم جميع من كان على تلك الصفة اتحد أو تعدد. انتهى. وقوله فيكون حينئذ الإثبات/ على الطالب؛ يعني فإذا أثبت أن ثم غيره على الصفة المذكورة فيكون الإثبات حينئذ على الطالب. 144

ص: والبعيد جد الخ ش: هذه تسمى يمين الاستبراء ويمين القضاء، وهي تتوجه في الحكم على الغائب والميت، وقد عقد لها في التبصرة فصلا، وذكر ابن سهل في أحكامه أنها إنما تتوجه فيما إذا كان الحق في ذمة الميت، وأما إذا شهدت بينة بأن الميت أقر بهذا الشيء لشخص فإنه يأخذه ولا يمين، وسيأتي مزيد كلام لذلك في باب الشهادة عند قول المصنف: "وان قال أبرأني موكلك الغائب". مسألة: قال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب المناقب في شرح قوله: {من ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار¹} وفي رواية مسلم والإسماعيلي {من ادعى ما ليس له فليس منا وليتبوأ مقعده من النار²} وهو أعم مما تدل عليه رواية البخاري، ويؤخذ من رواية مسلم تحريم الدعوى بشيء ليس هو للمدعي، فيدخل فيه الدعوى الباطلة كلها، واستدل به ابن دقيق العيد للمالكية في تصحيح الدعوى على الغائب بغير مسخر؛ لدخول المسخر في دعوى ما ليس له وهو يعلم أنه ليس له، والقاضي الذي يقيمه أيضا يعلم أن دعواه باطلة. قال: وليس هذا القانون منصوبا في الشرع حتى يخص به عموم هذا الوعيد، وإنما المقصود إيصال الحق لمستحقه فترك مراعاة هذا القدر وتحصيل المقصود من إيصال الحق لمستحقه أولى من الدخول تحت هذا الوعيد العظيم. انتهى. وكلام ابن دقيق العيد المذكور رأيت في شرح العمدة له في كتاب اللعان فليُنظر فيه. والله أعلم. 145

الحديث 1 - عن أبي ذر رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر، ومن ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار، البخاري، الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2508.
2- مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث، 61، ط. دار إحياء التراث العربي.

¹²⁹³ - في المطبوع من ذلك إلا بمعرفة الخط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 143 وما يابى 109 ويحيى ص 71 ويم ص 66 و م ص 51.

وَجَلَبَ الْخَصْمَ بِخَاتَمٍ أَوْ رَسُولٍ إِنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةِ الْعُدْوَى لَا أَكْثَرَ كَسِتَيْنِ مَيْلًا إِلَّا بِشَاهِدٍ.

متن الخطاب ص: وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة العدو ش: قال القرافي في الفرق الخامس والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما تجب [1294] إجابة الحاكم فيه إذا دعاه إليه وبين قاعدة ما لا تجب إجابته فيه: إن دعي من مسافة العدو فما دونها وجبت الإجابة؛ لأنه لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك، ومن [أبعد] 1295 من المسافة لا تجب الإجابة، وإن لم يكن له عليه حق لم تجب الإجابة، أو له عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم لا تجب الإجابة، فإن كان قادراً على أدائه لزمه أدائه ولا يذهب إليه، ومتى علم خصمه إعساره حرم عليه طلبه ودعواه إلى الحاكم، وإن دعاه وعلم أنه يحكم عليه [بجور] 1296 لم تجب الإجابة، وتحرم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية، وإن كان الحق موقوفاً على الحاكم كتأجيل العنين يخير الزوج بين الطلاق فلا تجب الإجابة، وبين الإجابة فليس له الامتناع منها، وكذلك القسمة المتوقفة على الحكم يخير بين تمليك [حصته] 1297 لغريمه وبين الإجابة فليس له الامتناع، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحكم.

وإن دعي إلى حق يختلف في ثبوته وخصمه يعتقد ثبوته وجب؛ لأنها دعوى حق، أو يعتقد عدم ثبوته لم تجب لأنه مبطل، وإن دعاه الحاكم وجبت له؛ لأن المحل قابل للحكم والتصرف والاجتهاد ومتى طُلب بحق وجب عليه على الفور كرد المغصوب وجب أدائه في الحال، ولا يحل له أن يقول لا أدفعه إلا بالحكم؛ لأن المطل [ظلم] 1298 ووقوف الناس عند الحاكم صعب، وأما النفقات فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها إن كانت للأقارب، وإن كانت للزوجة أو الرقيق يخير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الإجابة. انتهى.

ونقله في الذخيرة في أول كتاب الدعاوي، وصدره بقوله إذا دعي خصم من مسافة العدو فما دونها وجبت الإجابة إلى آخره، وذكر ما تقدم فدل على أن مسافة العدو هي مسافة القصر، وفي المسائل الملقطة اختلف العلماء هل يحضر الحاكم المطلب بمجرد الدعوى أو لا بد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب، والذي ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحضر حتى يبين [المدعي] 1299 أن للدعوى أصلاً، وهي رواية عن أحمد، ونقل عن الشافعي وأبي حنيفة، وعن أحمد في رواية أنه يحضر بمجرد الدعوى، والأول أولى لأن الدعوى قد لا تتوجه، فيبحث إليه من مسافة العدو ويحضره لما لا يجب عليه فيه شيء ويفوت عليه كثير من مصالحه، وربما كان حضور بعض الناس والدعوى عليه بمجلس

1294 - في المطبوع ويم ص 66 و م ص 51 تجب فيه إجابة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 415 وما يابى 110.

1295 * - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من يحيى ص 415 ويم 87 وما يابى 110 وم 51 وسيد 22 والفروق ج 4 ص 1220.

1296 - في المطبوع بجبروما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 71 ويم ص 66 و م ص 51 وما يابى 110.

1297 - في المطبوع صحته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 71 ويم ص 66 و م ص 51 وما يابى 110.

1298 - في المطبوع ظلماً وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 71 ويم ص 66 و م ص 51 وما يابى 110.

1299 - في المطبوع للمدعى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص 71 ويم ص 67 و م ص 51 وما يابى 111.

نص خليل

وَلَا يُزَوِّجُ امْرَأَةً لَيْسَتْ بِوَلَايَتِهِ وَهَلْ يُدْعَى حَيْثُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَبِهِ عُمَلٍ أَوْ الْمُدْعَى وَأَقِيمَ مِنْهَا وَفِي تَمْكِينِ الدَّعْوَى لِغَائِبٍ بِلَا وَكَالَةٍ تَرَدُّدٌ.

متن الخطاب

146

الحكام [مزريا¹³⁰⁰] به، فيقصد من له غرض فاسد أذى من يريد بذلك من التبصرة. انتهى.
ص: ولا يزوج امرأة ليست بولايته ش: مسألة: وقعت وهي امرأة في بلاد الشحر من اليمن تزوجها رجل مغربي، ثم سافر عنها إلى جهة مصر ولم يترك لها نفقة ولا ما [ينفق عليها¹³⁰¹] وكتب إليه فلم يطلق ولم يرسل بنفقة وليس ببلدها من يطلق عليه، لكونها بنت قاضي ذلك البلد، فهل لقاضي مكة أن يطلق عليه؟ فأجاب القاضي أبو القاسم بن أبي السعادات الأنصاري المالكي بأن [لن¹³⁰²] يرى الحكم على الغائب أن يحكم بالفسخ وتمكن المرأة من إيقاع طلاق بعد إثبات الفصول المعتبرة في ذلك شرعا إذا حضرت المرأة المذكورة أو وكيلها، ويكتب الحاكم لعدول بلدها بما ثبت عنده ويأمرهم بتحليفها وتمكينها من إيقاع طلاق عليها. والله أعلم.

ص: وهل [يداعى¹³⁰³] حيث المدعى عليه وبه عمل أو المدعى وأقيم منها ش: هذا نحو ما ذكره في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الحكم على الغائب، وقال ابن عبد الحكم إن كان له بالبلد مال أو حميل إلى آخره، وعليه شرحه الشراح، والذي في تبصرة ابن فرحون إنما هو إذا كان الشيء المدعى فيه في غير بلد المدعى عليه، فقال ابن الماجشون إنما الخصومة حيث المدعى فيه، وقال مطرف وأصبغ حيث المدعى عليه. والله أعلم. وقال أبو الحسن لما ذكر بعض الكلام في هذه المسألة في أوائل كتاب الشفعة في مسألة ما إذا كانت الدار غائبة والشفيع والمشتري حاضرا قال: وهذا كله في الأصول وأما ما يتعلق بالذم فحيث لقي الطالب المطلوب. انظر نوازل سحنون. انتهى.

وانظر أحكام ابن سهل في الجزء الثاني من الأقضية. والله أعلم.
ص: وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد ش: أشار بالتردد إلى الخلاف في الطرق التي ذكرها في التوضيح وذكرها ابن عرفة وغيره. اهـ.

تنبيه: هذا الخلاف في الدعوى ممن لا تعلق له بالشيء المدعى فيه، [وأما¹³⁰⁴] من له فيه تعلق لاستيفاء حقه منه فهل له المطالبة بذلك أم لا؟ لم أر في ذلك كلاما شافيا، والذي تقتضيه نصوص المذهب الآتي ذكرها أن تلخص قاعدة من ذلك، وتجعل المسألة على ثلاثة أوجه؛ وهي أن هذا المدعى إن تعلق به الشيء المدعى فيه، ودخل في ضمانه وهو مطالب به فله المخاصمة فيه والدعوى وإثبات ملك الغائب وتسلمه، وإن لم يكن في ضمانه فإما أن يريد أن يستوفي من ذلك المدعى فيه شيئا له في

الحديث

1300 ؟ - في المطبوع مزر ويحيى 415 وميايى 111 مزي.

1301 - في المطبوع تتفق عليه وما بين المعقوفين من يحيى 415.

1302 - في المطبوع لم وفي يحيى 415 وم 51 وميايى 111 بان لم ير.

1303 - في المطبوع يراعى ويحيى ص 72 و ذي وم ص 51 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 وميايى 111.

1304 - في المطبوع بإذن من صاحبه أو بغير إذنه أو ما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 ويحيى ص 72 ويم

ص 67 و م ص 51 وميايى 111.

ذمة المالك الغائب أم لا، فإن كان الأول جاز له أن يدعي ويثبت ملك الغائب أيضا، وإلا لم يمكن من الدعوى، فمن القسم الأول الغاصب إذا غصبه غاصب آخر، والمستعير إذا كان الشيء مما يغاب عليه والمرتهن كذلك والحميل [ونحو¹³⁰⁵] ذلك. قال في نوازل سحنون من كتاب الغصب: سئل سحنون عن رجل من العمال أكره رجلا أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعه يدفعه إليه، فأخرج له ما أمره به فدفعه إليه، ثم عزل ذلك/ العامل الغاصب، ثم أتى المغصوب منه المتاع، فطلب ما غصب، فهل يكون له أن يأخذ بماله من شاء منهما إن [شاء الأمر¹³⁰⁶] وإن شاء المأمور؟ فقال: نعم له أن يأخذ بماله من شاء منهما، قيل له: فإن أخذ ماله من الذي أكره على الدخول هل يرجع هذا الذي غرم على العامل الذي أكرهه على الدخول؟ فقال: نعم، قيل له: فإن عزل الأمير الغاصب، وغاب المغصوب منه المتاع فقام هذا المكره على الدخول في بيت الرجل على الأمير الغاصب لهذا المتاع ليغرمه إياه ويقول أنا المأخوذ به إذا جاء صاحبه هل يعدى عليه؟ قال: نعم.

متن الخطاب

147

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالقتل والغصب لا يصح بإجماع، وإنما يصح فيما لا يتعلق به حق لمخلوق من الأقوال باتفاق، ومن الأفعال على اختلاف، وقد مضى تحصيل القول في هذا في رسم حمل صبي من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، وأما قوله بأنه يقضى للمكره على الدخول في بيت [الرجل على العامل¹³⁰⁷] بالمال؛ لأنه هو المأخوذ به ففيه نظر والذي يوجب النظر أن يقضى له بتغريمه إياه ولا يمكن منه ويوقف لصاحبه. انتهى. ونقله في التوضيح وقبلة، وكذلك ابن عرفة، لكن قال أثره: قلت: الأظهر تمكينه منه؛ لأنه لو هلك في الوقت لضمنه؛ لأنه على حكم الغصب باق. انتهى. وأما قوله إن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالغصب والقتل لا يصح بإجماع فليس كذلك بل فيه الخلاف حسبما نقله في التوضيح وابن عرفة وغيره، وقالوا أيضا في باب الحماله إذا أراد الحميل أخذ الحق بعد محله والطالب غائب وقال أخاف أن يفلس وهو ممن يخاف عدمه قبل قدوم الطالب أو لا يخاف إلا أنه كثير اللد والمطل، مكن من ذلك، فإن كان الحميل أمينا أقر عنده، وإلا [أودع¹³⁰⁸] لبراءة الحميل والغريم. انتهى من الذخيرة.

وذكره أبو الحسن عن عبد الحق وغيره، ومن القسم الثاني المرتهن يثبت ملك الراهن لبيعه ويستوفي منه حقه، وزوجة الغائب وغرماؤه يثبتون ماله لبيع لهم ويستوفون حقهم. قال ابن رشد: الذي جرى به العمل أن القاضي لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت عنده الدين والرهن وملك الراهن له، ويحلفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به، وإنه لباق عليه إلى حين قيامه. انتهى. وقال في التوضيح في باب النفقات: وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك، ولها أن تقيم البينة على من جحد من غرمائه أن لزوجها عليهم ديناً، ويقضى عليهم بنفقتها. ثم قال: واعلم أن الحاكم لا يبيع

1305 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 ويحيى ص 72 ويم ص 67 و م ص 52 ومايأبى 111.

1306 - في المطبوع إن شاء من الأمر وما بين المعقوفين من يحيى 416 ومايأبى 111 وم 52 ويم 88.

1307 - في المطبوع الرجل العامل وما بين المعقوفين من مايأبى 112 والبيان ج 11 ص 278.

1308 - في المطبوع أردع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 147 ويحيى ص 72 ويم ص 67 و م ص 52 ومايأبى 112.

الدار حتى يكلف المرأة إثبات ملكية الزوج لها، وتشهد البينة بأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم. انتهى. وقال في التوضيح في شرح مسألة من ادعى عليه في شيء بيده، فقال هو لفلان الغائب عن المازري ما نصه: فإن زعم المدعى عليه أن الدار رهن في يديه فالتحقيق يقتضي أن يمكن من إقامة البينة أنها للغائب حينئذ. انتهى. وقال في كتاب الرهون من المدونة: وأما ما يغاب عليه فالمرتتهن يضمنه إلا أن يقيم بينة على هلاكه من غير سببه، وإنما هو بأمر من الله أو بتعدي أجنبي، فذلك من الرهن وله طلب الجاني.

متن الخطاب

وقال أبو الحسن: وإنما لم يقل لهما؛ لأن الرهن أرجح؛ لأن الملك له وأما المرتتهن فليس له إلا الوثيقة، فإذا لم يطلبه الرهن كان للمرتتهن طلبه بحق وثيقة. انتهى. وقال في أواخر باب الإجارة من الجواهر فيما إذا غصبت الدار المستأجرة: ولو أقر المكري للغاصب بالرقبة قبل إقراره في الرقبة ولا يفوت حق المنفعة تبعاً على المستأجر، بل له مخاصمة الغاصب لأجل حقه في المنفعة. انتهى. ومن القسم الثالث المودع والوكيل على شيء مخصوص، ونحو ذلك.

قال في الذخيرة في كتاب الوديعة: الفرع الثامن: قال صاحب [الإشراف]¹³⁰⁹ [إذا سرقت الوديعة ليس للمودع مخاصمة السارق إلا بتوكيل منك، وقال أبو حنيفة له ذلك؛ بناء على أن الخصومة في الأملاك للملاك، ومن ليس مالكا فلا خصومة له. / انتهى. وفي نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات في شرح المسألة الثانية.

148

قال محمد بن رشد: إذا وكل الوكيل على طلب آبق فأدركه في يد مشتر أنه لا يمكن من إيقاع البينة على أنه للذي وكله حتى يقيم البينة أنه وكله على الخصومة فيه، وهو صحيح على ما تقدم في المسألة التي قبلها أنه ليس للوكيل أن يتعدى ما وكل عليه ويتجاوز به إلى غيره. انتهى. وقال في التوضيح في شرح المسألة المتقدمة، وهي مسألة من ادعى عليه رجل في شيء بيده فقال هو لفلان الغائب فنقل الكلام المتقدم عن المازري، ونصه: ولو أراد من بيده الدار أن يقيم بينة بملك الغائب يعارض بها بينة المدعي ولم تثبت له وكالة تبيح المدافعة ففي تمكينه من ذلك خلاف للعلماء. انتهى. وقال في كتاب الغصب من المدونة: ومن بيده وديعة أو عارية [أو بإجارة]¹³¹⁰ [وربها غائب، فادعاه رجل وأقام البينة أنها له فليقض له بها؛ لأن الغائب يقضى عليه بعد الاستيناء إلا أن يكون ربهام موضع قريب فيتلوم له القاضي ويأمر أن يكتب إليه حتى يقدم. انتهى. فلم يجعل لمن بيده الوديعة والعارية ولا المستأجر المخاصمة بل قضى بذلك على الغائب الذي أقام البينة أن ذلك له، وقال في أكرية الدور من تبصرة اللخمي: وإن هدم الدار أجنبي سقط مقال المكثري في ذلك الكراء؛ لأن المنافع في ضمان المكري حتى يقبضها المكثري ويكون صاحب الدار بالخيار بين أن يغرم الهادم قيمتها على أن لا كراء فيها أو يغرمه قيمتها مستثناة المنافع سنة ويأخذ بالمسمي الذي أكرى به؛ لأنه دين كان له على المكثري أبطله له بهدمه لتلك الدار. انتهى. فجعل المتكلم¹³¹¹ في ذلك لمالك الدار، ولم يجعله لمالك المنافع -وهو المكثري- لأنه ليس له شيء في ذمة المكري يستوفيه منها؛ لسقوط ذلك عنه بالهدم، لكون المنافع في ضمان المكري حتى يستوفيه المكثري، وقال في نوازل ابن رشد في مسائل البيع: سئل عن أصحاب

1309 * - في المطبوع الإشراف وما بين المعقوفين من الذخيرة ج7 ص352.

1310 * - في المطبوع أو إجازة وما بين المعقوفين من مايايى 113 وم52 وسيد22 والتهذيب ج4 ص95.

1311 * - في سيد22 ومايايى 113 ويم89 وم52 التكلم.

نص خليل

المواريث إذا باعوا شيئاً على أنه لبيت المال، فقام من أثبت عند القاضي أن هذا المبيع لقريب منه غائب، وهو حي، وحازه عند القاضي هل يفسخ القاضي البيع ويوقفه للغائب، أو يبقى بيد المبتاع حتى يقدم الغائب؟ فأجاب: لا يمكن القاضي القريب من المخاصمة عن قريبه الغائب فيما باعه صاحب المواريث دون وكالة وإنما يمكنه من إثبات حقه في ذلك، والتحصيل له بالإشهاد عليه مخافة أن تغيب البينة أو تتغير، وقال في رسم الأقضية من سماع أشهب [من كتاب الأقضية الأول: 1312] وسألته عن عشيرة رجل ذكروا أن رجلاً منهم بالأندلس، وفي يد رجل منهم له دار، وأنه ادعاها لنفسه وأنكر أن يكون لصاحبهم في يديه حق، وسألوه أن يأذن لهم في المخاصمة وإثبات البينة عليه بحق الغائب قبل هلاك من يعلم ذلك ويشهد عليه، هل ترى أن يأذن لهم في ذلك؟ قال: لا أرى ذلك إلا بوكالة أو أمر يعرفه.

متن الخطاب

قال ابن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة من رواية ابن غانم عن مالك، ومن رواية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك، وزاد عن ابن القاسم أنه قال: فإن جهل القاضي فأمره بالمخاصمة فحكم عليه أولاً لم يجز ذلك عليه ولا له، وقال ابن نافع مثله، وقد مضى القول على هذه المسألة محصلاً مستوفى في الرسم الذي قبل هذا، ويشير بذلك إلى ما في رسم الأقضية الثالث من السماع المذكور، ونصه: وسألته عن الرجل يموت ويترك زوجة ويدها ماله ورباعه ودوابه وكل كثير له وقليل، وللها لك أخ غائب فيقوم ابن الأخ الغائب فيقول أنا أثبت أن هذا المال الذي بيدها كله لعمي، وليس لها منه شيء وأبي وارثه، فإذا قضى به لعمي فضعوه بيد عدل، ولا تدفعوه إلي، أو يقوم في ذلك رجل غير ابنه فيقول مثل مقالته. فقال: أما الابن فأرى أن يمكن من ذلك، فإذا ثبت ما قال وضع على يد عدل، فأما الرجل غير ذلك فلا أدري ما هذا؟

قال ابن رشد: أجاز في هذه الرواية للابن أن يخاصم عن أبيه الغائب في رباعه وحيوانه وجميع ماله دون توكيل، وكذلك الأب فيما ادعاه لابنه وقع ذلك في/ الجدار، وقال في الواضحة إن ذلك في الأب أبين منه في الابن، ولم يجز ذلك لمن سوى الأب والابن من القرابة والعشيرة على ما سيأتي له في الرسم الذي بعد هذا وفي رسم الكبش من سماع يحيى غير أنه [زاد فيه أنه يمكن 1313] من إيقاع البينة وإثبات الحق لا أكثر، وليس ما في رسم الكبش بمخالف لما في هذه الرواية وقد حملها بعض أهل النظر على الخلاف، وليس ذاك بصحيح، وقد اختلف في هذا على أربعة أقوال: الأول ما حملت عليه هذه الرواية، وما في رسم الكبش من سماع يحيى من التفرقة بين الأب والابن، وبين سائر القرابة والأجنبيين، والثاني أنه يمكن من قام عن غائب يطلب حقاً له من المخاصمة عنه في ذلك دون توكيل وإن كان أجنبياً، ذهب إلى هذا سحنون وإلى أن القاضي يوكل من يقوم بحقه، [وتأول 1314] ما روي عن مالك من أنه لا يمكن أحد إلا بوكالة فقال معناه فيما طال من الزمان ودرس فيه العلم، وهو أحد قولي ابن الماجشون، وروي ذلك عن

149

الحديث

1312 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 148 ويحيى ص 73 ويم ص 68 و م ص 52 وما يابى 113.

1313 - في المطبوع في هذه الرواية أراد المالك في الحال أن يمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 9 ص 193.

1314 * - في المطبوع تأول وما بين المعقوفين من يحيى 117 وسيد 22 وما يابى 114 ويم 89 وم 52.

متن الخطاب أصبغ، [والثالث¹³¹⁵] يمكن من إقامة البينة، ولا يمكن من الخصومة، [والرابع¹³¹⁶] أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصومة، وهو قول ابن الماجشون في الواضحة ومطرف، وقد قيل إن القريب والأجنبي يمكن من المخاصمة في العبد والدابة والثوب دون توكيل؛ لأن هذه الأشياء تفوت وتحول وتغيب ولا يمكن من المخاصمة فيما سوى ذلك من الدين وغيره إلا الأب والابن. حكى هذا ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون، وهو قول خامس في المسألة، واختلف إذا مكن القائم عن الغائب في المخاصمة عنه فيما يدعيه له دون توكيل على القول به، فقيل ذلك في قريب الغيبة وبعيدها سواء، وهو الظاهر من رواية أشهب هذه إذ لم يفرق فيها بين قريب الغيبة من بعيدها، وكذلك حكاه أبو زيد عن ابن الماجشون في الحيوان يدعيه ابن الغائب أو أجنبي، وقيل إن ذلك في القريب الغيبة دون البعيد، وإلى هذا ذهب سحنون وابن حبيب فيما حكى عن مطرف، ثم ذكر مسائل استدلت بها لهذا القول وأطال في ذلك. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: إذا كان للمدعي حصة في الشيء المدعى به، وباقية للغائب، فله الدعوى في ذلك، ويأخذ حصته ويترك الباقي في يد من هو في يده حتى يأتي من يدعيه. قال في أواخر الشهادات من المدونة: وإن شهدوا أن هذا وارث أبيه أو جده مع ورثة آخرين لم يعط هذا منها إلا مقدار حصته، ويترك القاضي باقيها في يد المدعى عليه حتى يأتي من يستحقه، وقد كان يقول غير هذا؛ يعني بالمقول ما روي عن مالك بعده وهو أنه ينزع من يد المطلوب ويوقف، وفي كتاب الولاء أتم مما هنا. قال بعض القرويين: ينبغي على قول ابن القاسم إذا قامت غرماء بدين على الغائب أن يباع لهم الحظ الموقوف بيد المدعى عليه؛ لأن الغائب لو كان حاضرا ونكل عن اليمين لكان للغرماء أخذها وبيعها في دينهم. ابن يونس: يريد بعد يمينهم التي كان يحلفها الغائب. انظر تمامها. انتهى. وانظر التبصرة لابن فرحون في تقسيم المدعى لهم.

الثاني: إذا ثبت حق لغائب، فهل يوقف حتى يحلف يمين الاستظهار، أو يسلم لوكيله وتؤخر اليمين حتى يقدم فيحلف أو يموت فتحلف ورثته، وإن نكل أو نكلوا رجع عليه ذكر البرزلي في ذلك قولين في مسائل الغصب والاستحقاق، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفى في باب الشهادات عند قول المصنف وإن قال أبرأني موكلك الغائب.

الثالث: إذا ردت اليمين على الموكل وهو غائب، فقال ابن رشد في آخر مسائل الوكالات من نوازله في رجل غائب وكل وكيلًا على القيام بعيب في سلعة اشتراها من رجل، فأنكر الرجل أن يكون باع من موكله وإنما باعها من رجل آخر، فلزمه اليمين لعدم البينة فرد اليمين على الغائب الجواب: الذي أرى في هذا إذا لم يسم المقوم عليه من باع السلعة منه، أو سمى رجلا بعيد الغيبة فتبين بذلك لده أنه يؤخذ منه حميل بالثمن إلى أن يكتب للغائب في الموضع الذي هو به فيحلف، وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها، ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في وكيل الغائب على قبض الدين يقر به ويدعي

1315 - في المطبوع الثالث وما بين المعقوفين من ن ذي وعود ص 149 ويم 89 وم 53 ويحيى 417.

1316 - في المطبوع الرابع وم 53 وما بين المعقوفين من ن ذي وعود ص 149 ويم 89 ويحيى 417.

نص خليل باب العدل حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق وحجر وبدعة وإن تأول كخارجي وقدري لم يباشر كبيرة.

متن الخطاب أنه قضاؤه لأن هذا مقر للغائب بشيء، وأما أخذ الثمن منه وإيقافه فلا أراه؛ إذ لم يثبت عليه بعد شيء. انتهى.

الرابع: قال الشيخ أبو الحسن الصغير في كتاب الرد بالعيب في الكلام على الرد على الغائب: والقاعدة أن الإمام لا يتعرض لديون الغائب يقبضها إلا أن يكون مفقوداً أو مولى عليه أو حاضراً يريد أن تبرأ ذمته ورب الدين غائب أو حاضراً ملداً، وهذا بخلاف من تعدى على مال غائب فأفسده، فإن الإمام يأخذ منه القيمة ويحبسها للغائب. انتهى. ونحوه في النكت فانظره. قال ابن رشد: وإنما لا يعرض السلطان لمن غاب وترك مالا له بيد رجل أو ديناً له قبله إذا سافر كما يسافر الناس، وأما إذا طالت غيبته وانقطع خبره فالسلطان ينظر له ويحوز ماله على ما وقع في طلاق السنة. انتهى من رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الأقضية.

الخامس: قال في نوازل ابن رشد من مسائل الدعوى والخصومات: سئل عن أصحاب المواريث هل يجوز لهم الخصام في شيء لبيت المال وهو بيد رجل يدعيه لنفسه أم لا يجوز لهم خصامه، ويقيّمون البيئة على انفراد بيت المال به، دون الذي هو في يده؟ الجواب: لا يمكن أصحاب المواريث من الخصام في ذلك دون أن يجعل إليه الطلب في ذلك والمخاصمة، وإن أراد ليثبت ذلك لبيت المال ويحصنه بالإشهاد دون مخاصمة من هو في يده كان ذلك له. وبالله التوفيق. انتهى.

ص: باب العدل حر مسلم عاقل بالغ ش: هذا يسمى باب الشهادة. قال ابن عبد السلام: ولا حاجة/ لتعريف حقيقتها لأنها معلومة، واعترضه ابن عرفة بأنه مناف لقول القرافي أقمت ثمانين سنين أطلب الفرق بين الشهادة والرواية. قال ابن عرفة: والصواب أن الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه، فتخرج الرواية والخبر القسم للشهادة وإخبار القاضي بما ثبت عنده قاضياً آخر يجب عليه الحكم بمقتضى ما كتب به إليه لعدم شرطية التعدد والحلف، وتدخل الشهادة قبل الأداء وغير التامة لأن الحيثية لا توجب حصول مدلول ما أضيفت إليه بالفعل حسبما ذكره في تعريف الدلالة. انتهى. وقوله: "إن عدل قائله" يريد إن ثبتت عدالته عند القاضي إما بالبيئة أو بكونه يعلمها، ولو قال قول عدل إلى آخره وأسقط قوله: "إن عدل قائله" لكان أبين لأن عدل إنما يستعمل [غالباً] ¹³¹⁷ فيما ثبت، أو لو قال يوجب على الحاكم [سماعه الحكم] ¹³¹⁸ بمقتضاه إن علم عدالة قائله [ليشمل] ¹³¹⁹ ذلك ما إذا ثبتت عدالته عنده أو كان عالماً بها والظاهر أن في حده دوراً؛ لأن الحكم بافتقاره للتعدد فرع عن كونه شهادة.

تنبية: جعل المصنف رحمه الله هذه شروطاً في العدالة، وهو خلاف ما يقوله أهل المذهب فإنهم إنما جعلوا هذه الأوصاف شروطاً في قبول الشهادة، وذكرها من جملة الشروط العدالة، وهو أبين، فإن العبد يوصف بالعدالة. قال ابن عرفة: ولما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم أي بمقتضاها اكتسبت شرفاً

الحديث

1317 - في المطبوع غائباً وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويحيى ص 74 ويم ص 69 و م ص 53.

1318 - في المطبوع لأن الحكم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويحيى ص 74 ويم ص 69 و م ص 53.

1319 - في المطبوع لشمول وم ص 53 ويم ص 90 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 151 ويحيى ص 74.

نص خليل أو كَثِيرَ كَذِبٍ أو صَغِيرَةَ خِصَّةٍ.

متن الحطاب فاشتراط فيها [شروط¹³²⁰] منها في أدائها الإسلام اتفاقاً. قال: ومنها الحرية والعقل. ثم قال: والبلوغ ثم قال: والعدالة. قال: ولما كانت شروطاً في الشهادة والرواية تكلم عليها الفقهاء والأصوليون وابن الحاجب في أصله وفقهه، وأطال المازري فيها الكلام، والأولى صفة مظنة تمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفاً ومعصية غير قليل الصغائر، فالصغائر الخسيسة مندرجة فيما يشين ونادر الكذب في غير عظيم مفسدة عفو، مندرج في قليل الصغائر؛ بدليل قولها في آخر شهادتها: مما يجرح به أنه كذاب في غير شيء واحد، وأطول منه قول ابن الحاجب في [الفقه¹³²¹] العدالة المحافظة الدينية على اجتناب الكذب، والكبائر، وتوقي الصغائر، وأداء الأمانة، وحسن المعاملة ليس معها بدعة، [ويتعقب بحشو الدينية لاستقلاله دونها، وإجمال قوله: "وتوقي الصغائر" لاحتمال جميعها¹³²²] أو أكثرها. ابن عبد السلام: والضمير في قوله ليس معها بدعة راجع للعدالة، وظاهره أن السلامة من البدعة أمر زائد على العدالة، لكن تعليقه اشتراط هذه المعية بقوله فإنها فسق يوجب كونها مضادة، فيستغنى بذكر العدالة عنها كما استغنى بذكر العدالة عن سائر أضرارها، وقد يجاب بأن هذا النوع من أضرار [العدالة كثر¹³²³] النزاع فيه. انتهى. ويجاب بأن قوله الدينية احتراز به من المحافظة المذكورة، إذا لم يكن القصد بها الدين، وإنما فعلها لتحصيل منصب دنيوي، وقال ابن محرز في تبصرته: قال أبو بكر الأبهري في صفة من تقبل شهادته: هو المجتنب الكبائر، المتوقى لأكثر الصغائر، إذا كان ذا مروءة وتمييز، متيقظاً متوسط الحال بين البغض والمحبة.

قلت: وقد أتت هذه الصفة على جميع ما ينبغي للشاهد العدل انتهى. وقوله: "حر" لا خفاء في اشتراط الحرية، وقوله: "مسلم" كذلك، وقوله: "عاقل" قال ابن عرفة: ابن عبد السلام: لا يختلف في اعتبار العقل في حالتي التحمل والأداء، ولا يضر ذهاب العقل في غير هاتين الحالتين، ونص عليه عبد الملك. قال ابن عرفة: قلت: ما ذكره هو مقتضى المذهب، ونص عبد الملك عليه لا أعرفه، بل نقل الشيخ عن المجموعة قال ابن وهب عن مالك في الكبير يخلق ثم يفيق: إن كان يفيق إفاقة بينة يعقلها جازت شهادته وببعية وابتياعه. انتهى.

ص: أو كَثِيرَ كَذِبٍ ش: قال ابن عرفة: وأما الكذب فنصها مما يجرح به الشاهد قيام بينة على أنه كذاب في غير شيء واحد، ونقلها ابن الحاجب بأنه معروف بالكذب في غير شيء واحد. قال/ ابن عبد السلام: كلامه [يعطي¹³²⁴] تكرار الكذب ممن [ثبت¹³²⁵] عليه ذلك، وأنه مشهور من قوله معروف، ولم يشترط هذا القيد الأخير في المدونة ويكفي تكرار الكذب.

152

الحديث

- 1320 - في المطبوع ويحيى ص74 شروطاً وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويم ص69 و م ص53.
- 1321 - في المطبوع ويحيى ص74 الفقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويم ص69 و م ص53 ومايأبى116.
- 1322 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويحيى ص74 ويم ص69 و م ص53 ومايأبى116.
- 1323 - في المطبوع فلذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويحيى ص75 ويم ص69 و م ص53 ومايأبى116.
- 1324 - في المطبوع يعني وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص75 ويم ص69 و م ص54 ومايأبى116.
- 1325 - في المطبوع يثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ومايأبى116

نص خليل وَسَفَاهَةً وَلَعِبَ تَرْدُ ذُو مُرُوءَةٍ.

متن الخطاب

قلت: قوله: يعطي تكرار الكذب [لا وجه لتخصيصه¹³²⁶] به دون المدونة؛ لأن فيها لفظ كذاب وفعال يدل على التكرار ضرورة، وقوله إنه مشهور من قوله: معروف يرد بمنعه؛ لأن مدلول مشهور أخص من معروف، ولا يلزم من صدق الأعم صدق الأخص، وقوله: لم يشترط هذا في المدونة إن أراد به كونه مشهوراً فلا يضر لما بينا أن لفظ معروف لا يستلزمه، وإن أراد لفظ معروف فقوله لم يشترط في المدونة إن أراد نصاً فمسلّم، وإن أراد لزوماً منع؛ لأن لفظ قولها قيام البينة العادلة أنه كذاب بصيغة المبالغة يدل على أنه معروف بمطلق الكذب عادة؛ لأن الغالب في العادة أنه لا يثبت بالبينة العادلة على رجل أنه كذاب في غير شيء إلا وهو معروف بمطلق [الكذب فتأمله¹³²⁷] منصفاً. انتهى.

ص: وسفاهة ش: لعله يريد بالسفاهة المجون. قال في المدونة في كتاب القطع: أو أنهم مجان. قال في التوضيح: جمع ماجن. الجوهرى: المجون أن لا يبالي الإنسان ما صنع. انتهى. وقال ابن فرحون في شرحه: وفي التقريب: الماجن هو القليل المروءة، الذي يكثر الدعابة والهزل في أكثر الأوقات. انتهى.

ص: ذو مروءة ش: ابن عرفة: والروايات والأقوال واضحة [بأن¹³²⁸] ترك المروءة جرحه، قيل لأن تركها يدل على عدم المحافظة الدينية، وهي لازم العدالة، وتقرر بأنها مسببة غالباً عن اتباع الشهوات المازري لأن من لا يبالي بسقوط منزلته ودناءة همته فهو ناقص العقل ونقصه يوجب عدم الثقة به.

قلت: والمروءة هي المحافظة على فعل ما تركه من مباح يوجب الذم عرفاً كترك الملىء الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافياً، وعلى ترك ما فعله [من¹³²⁹] مباح يوجب ذمه عرفاً، كالأكل عندنا في السوق، وفي حانوت الطباخ لغير الغريب. انتهى. وفي التوضيح: ابن محرز: ولسنا نريد بالمروءة نظافة الثوب وفراة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة، بل المراد [الصون¹³³⁰] والسمت الحسن وحفظ اللسان، وتجنب المجون، والسخف، والارتفاع عن كل خلق رديء، يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن في نفسه جرحه. انتهى. فمن ترك اللباس المحرم أو المكروه الخارج عن السنة لا يكون جرحه في شهادته، كلباس فقهاء هذا الزمان، من تكبيرهم العمائم وإفراطهم في توسيع الثياب وتطويلهم الأكمام، وقد صرح الشيخ أبو عبد الله بن الحاج في المدخل بأن ذلك ممنوع، ونقل عن العلماء من أهل المذهب وغيرهم الكلام في ذلك فراجع. نعم لو مشى الإنسان حافياً أو بغير عمامة

الحديث

1326 - في المطبوع له وما يابى 116 وضرب عليها عدود ص 152 وما بين المعقوفين من يحيى ص 75 ويم ص 69 و م ص 54.

1327 - في المطبوع عادة لأنه الغالب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص 75 ويم ص 69 و م ص 54 وما يابى 116.

1328 * - في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من يحيى 419 وسيد 23 وم 54 ويم 90 وما يابى 116.

1329 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص 75 ويم ص 69 و م ص 54 وما يابى 117.

1330 - في المطبوع التصون و م ص 54 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وما يابى 117 ويحيى ص 75 ويم ص 69 التصوف.

نص خليل بترك غير لائق من حمام وسماع غناء وديباغة.

متن الخطاب بالكلية مما هو مباح، لكن العادة خلافه ينظر في [أمره¹³³¹] فإن أراد بذلك كسر النفس ومجاهدتها لم يكن ذلك جرحاً في حقه، وإن كان على جهة المجون والاستهزاء بالناس فذلك جرحاً، كما قاله في التوضيح في الصنائع، وتقدم في كلام ابن عرفة في القولة التي قبل هذه، وأما حمل الإنسان متاعه من السوق فهو من السنة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: {صاحب الشيء أحق بشيئته [أن يحمله¹³³²]} وذلك حين اشترى السراويل وأراد بعض أصحابه أن يحملها عنه، وأظنه السيد أبا بكر رضي الله عنه والقضية في الشفاء، وقوله في التوضيح: وحسن الشارة، الشارة الهيئة واللباس. يقال ما أحسن شوار الرجل وشارته أي لباسه وهيئته. قال ابن الأعرابي: الشورة بالضم الجمال، وبالفتح الخجل. انتهى من المعلم في شرح قوله: إن رجلاً أتاه وعليه شارة حسنة، وقال القاضي عياض الشوار هنا بالفتح، وأما الشورة الجمال فبالفتح والضم معاً، وشوار البيت متاعه بالكسر، وشوار الرجل مذاكيره. انتهى. وقال ابن سيده في محكمه: وشوار الرجل ذكره وخصياه واسته، وفي الدعاء أبدى الله شواره بالضم لغة عن ثعلب. انتهى.

153

ص: بترك غير لائق من حمام ش: قال في التوضيح عن ابن محرز: الإدمان على لعب الحمام والشطرنج جرحاً، وإن لم يقامر عليها. قال في آخر كتاب الرجم: ولا تجوز شهادة لاعب الحمام إذا كان يقامر عليها، واختلف الشيوخ هل يقيد ما قاله في غير هذا الموضع بهذا القيد؛ أي المقامرة أو خلاف؟ انتهى. وقال في الشامل: بترك غير لائق من لعب بحمام وإن دون قمار على الأصح. انتهى. لكن يفهم من كلامه في التوضيح اشتراط الإدمان، وظاهر كلام المصنف هنا خلاف ذلك، وعزا أبو الحسن التقييد بالإدمان لكتاب الشهادات، ويفهم من كلام المصنف وغيره من أهل المذهب أن اللعب بالحمام غير حرام، ولكنه غير لائق. والله أعلم.

ص: وسماع غناء ش: قال في التوضيح: الغناء إن كان بغير آلة فهو مكروه، ولا يقدح في الشهادة بالمرة الواحدة، بل لا بد من تكرره، وكذا نص عليه ابن عبد الحكم؛ لأنه حينئذ يكون قادحاً في المروءة، وفي المدونة ترد شهادة المغني والمغنية والنائح والناائحة إذا عرفوا بذلك. المازري: وأما الغناء بآلة فإن كانت ذات أوتار كالعود والطنبور فممنوع، وكذلك المزمار، والظاهر عند بعض العلماء أن ذلك يلحق بالمحرمات، وإن كان محمد أطلق في سماع العود أنه مكروه، وقد يريد بذلك التحريم، ونص محمد بن عبد الحكم على أن سماع العود ترد به الشهادة، قال إلا أن يكون ذلك في عرس أو صنيع [و¹³³³] ليس معه شراب يسكر فإنه لا يمنع من قبول الشهادة. قال: وإن كان ذلك مكروهاً على كل حال، وقد يريد بالكراهة التحريم كما قدمنا. انتهى. ونقله ابن عرفة أيضاً.

1- صاحب الشيء أحق بشيئته أن يحمله إلا أن يكون ضعيفاً فيعجز عنه فيعينه أخوه المسلم، مجمع الزوائد، ج 5 ص 125.

الحديث

1331 - في المطبوع أموره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص 75 ويم ص 69 و م ص 54 وما يابى 117.

1332 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص 75 ويم ص 69 و م ص 54 وما يابى 117.

1333 - ساقط من المطبوع ويم ص 70 و م ص 54 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 153 ويحيى ص 76 وما يابى 117.

نص خليل

وَحَيَاكَةِ اخْتِيَارًا وَإِدَامَةً شَطَرْنَجٍ وَإِنْ أَعْمَى فِي قَوْلٍ أَوْ أَصَمَّ فِي فِعْلٍ لَيْسَ بِمُغْفَلٍ إِلَّا فِيمَا لَا يَلْبَسُ وَلَا مُتَأَكِّدِ الْقُرْبِ كَأَبٍ وَإِنْ عَلَا وَزَوَّجَهُمَا وَوَلَدَ وَإِنْ سَفَلَ كَبْنَتْ وَزَوَّجَهُمَا.

متن الخطاب

154

ص: وحيَاكة ش: قال البرزلي: رأيت لبعضهم أن هذه الصناعات إن صنعها تصغيرا لنفسه، أو ليدخل السرور بها على الفقراء، أو يتصدق بما يأخذ فإنها حسنة، وإلا فهي جرحة. انتهى.
ص: وإدامة شطرنج ش: قال في الشامل: وإدامة شطرنج ولو مرة في العام، وقيل أكثر وهل يحرم أو يكره قولان، وثالثها إن لعبه [مُحْتَرَمٌ¹³³⁴] مع الأوباش على طريق حرم، وفي الخلوة مع [نظرائه¹³³⁵] بلا إدمان، وترك مهم، ولهي عن عبادة جاز، وقيل إن ألهي عن الصلاة في وقتها حرم وإلا جاز. انتهى.

ص: وإن أعمى في قول ش: شهادة الأعمى في الأقوال المشهور فيها أنها جائزة، وشهادته في غير الأقوال لا تجوز، وهذا فيما تحمله بعد العمى، وأما ما تحمله من الشهادة في غير الأقوال قبل العمى فظاهر كلام بعض أصحابنا كالمصنف في توضيحه وابن عبد السلام في شرحه وابن فرحون في تبصرته أنها لا تجوز؛ لأنهم ينقلون أولا المذهب ثم يقولون، وقال الشافعي: تجوز فيما تحمله قبل العمى فتخصيصهم التفرقة بين ما تحمله قبل العمى وبين ما تحمله بعده [بالشافعي¹³³⁶] يدل على أن المذهب عدم التفصيل، وقال في الجزء الأول من شهادات النوادر: وقد قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف ما شهد عليه قبل أن يعمى قبلناه.

قال سحنون: ولا فرق بين ذلك؛ لأنه حين قبولها أعمى. انتهى. فظاهر كلام سحنون أن مذهبنا لا فرق، خلافا لقول ابن أبي ليلى وأبي يوسف فتأمل ذلك. وصرح الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد بأنه إذا تحملها قبل العمى أنها تقبل منه، ونصه عند قول صاحب الإرشاد: "وتقبل من الأعمى فيما لا [يشتبه¹³³⁷] عليه من الأقوال" قال في شرح العمدة: معناه تجوز شهادة الأعمى على الأقوال إذا كان فطنا ولا تشتباه عليه الأصوات، ويتيقن المشهود له وعليه، فإن شك في شيء من ذلك لم تجز شهادته، ولا تقبل في المراثيات إلا أن يكون قد تحملها بصيرا ثم عمى، وهو يتيقن عين المشهود عليه أو يعرفه باسمه ونسبه. انتهى. وقال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب الشهادات: مال المصنف؛ -يعني البخاري- إلى إجازة شهادة الأعمى، وهو قول الليث، سواء علم ذلك قبل العمى أو بعده، وفصل الجمهور فأجازوا ما تحمله قبله لا بعده، وكذا ما يتنزل فيه منزلة البصير كأن يشهده شخص بشيء ويتعلق هو به إلى أن يشهد به عليه. انتهى.

ص: ولا متأكد القرب كأب وإن علا الخ ش: قال ابن عرفة: المازري: لا تجوز شهادة الأب وإن علا لولده وإن سفل، كان جدا من قبل الأب أو الأم، ولا شهادة بني بنهم لهم، وهو مشهور مذهب مالك والشافعي وذكر بعض متأخري الشافعية عن مالك قبول شهادة الولد لأبيه دون الأب لابنه

الحديث

1334 - في المطبوع محرم ويحيى ص 76 و م ص 54 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 ويم ص 70 وما يابى 117.

1335 - في المطبوع ويم ص 70 نظائره وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 154 ويحيى ص 76 و م ص 54 وما يابى 118.

1336 - في المطبوع فالشافعي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 ويم 70 وما يابى 118.

1337 * - في المطبوع يشبهه وما بين المعقوفين من يحيى 420 وسيد 23 وما يابى 113 وم 54 ويم 91.

وَشَهَادَةُ ابْنٍ مَعَ أَبِي وَاحِدَةٍ كَكُلِّ عِنْدَ الْآخَرِ أَوْ عَلَى شَهَادَتِهِ أَوْ حُكْمِهِ.

نص خليل

[وهي¹³³⁸] حكاية مستنكرة عند المالكية وربما كانت وهما من ناقلها. انتهى.

متن الخطاب

فرع: قال ابن عرفة: ابن سحنون: عنه شهادة الولدين أن فلانا شج أباهما، وهما مسلمان والأب عبد أو مكاتب مسلما أو نصرانيا ساقطة، وكذا لو شهدا لأبيهما وقد مات نصرانيا بدين على فلان وترك ولدا نصرانيا/ وكذا لو شهدا أن أباهما العبد جنى على رجل جناية، وأن سيده باعه أو أعطاه أحدا ابن عبدوس عن سحنون وكذا شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه. انتهى.

155

فرع: قال في المدونة: ولا تجوز شهادة الأبوين أو أحدهما للولد ولا الولد لهما ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا الجد لابن ابنه ولا الرجل لجدّه، ولا يجوز لأحد من هؤلاء شهادة الآخر في حق أو تزكية أو تجريح من شهد عليه. انتهى. زاد ابن يونس بعد قوله ولا الرجل لجدّه من قبل الرجال والنساء كان المشهود له حرا أو عبدا أو مكاتباً. انتهى. وقال ابن عرفة: وفيها لا تجوز لأحد الزوجين على صاحبه زاد ابن سحنون: كان المشهود له حرا أو عبدا أو مكاتباً. انتهى. وهذه العبارة التي قالها لا معنى لها، فتأملها ولفظ المدونة ما تقدم.

فرع: ولا تجوز شهادة الرجل لزوجة أبيه ولا لزوجة ابنه ولا لابن زوجته ولا لأبيها عند ابن القاسم، خلافا لسحنون. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات، وقال في رسم جاع من سماع عيسى: وأما شهادة الرجل لابن زوج ابنته وأبويه فلا يخالف ابن القاسم سحنون في جوازها لهم؛ لبعد التهمة وإنما يخالفه فيما تقدم. انتهى. وقال ابن عرفة: للخصمي لابن القاسم في العتبية، لا تجوز شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ولده. انتهى. وفي النوادر ومن هذه الكتب كلها إلا كتاب ابن حبيب. قال ابن القاسم ولا تجوز شهادته لزوجة أبيه ولا لزوجته ولا لابن امرأته ولا لوالدها، وكذلك المرأة لابن زوجها. انتهى. وإذا كانت شهادته لزوجة أبيه غير جائزة عند ابن القاسم مع بعد التهمة للعداوة التي بينهما في الغالب، فشهادة الرجل لزوج أمه أخرى بعدم الجواز، كما دل عليه كلام المصنف، وقبله الشارح، فإني لم أقف عليه الآن منصوصا، بل مقتضى كلام [المصنف صحة¹³³⁹] شهادة الشخص لزوجة جده وزوج جدته وإن بعدا، وعدم صحة شهادة الشخص لزوجة ابن ابنه [وزوج¹³⁴⁰] بنت ابنه وإن سفلا، ولم أقف على التصريح بجميع ذلك فتأمل. والله أعلم.

ص: وشهادة ابن مع أب واحدة ككل عند الآخر [أو¹³⁴¹] على شهادته أو حكمه ش: هذا قول أصبغ وقال سحنون: بجواز الجميع بشرط التبزيز كما قاله ابن رشد في أول سماع ابن القاسم من

الحديث

¹³³⁸ - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 ويحيى ص 76 ويم ص 70 و م ص 55 وحكاية وما يابى 118 وهذه.

¹³³⁹ - في المطبوع وما يابى 119 ويم ص 70 و م ص 55 المصنف عدم صحة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 ويحيى ص 76.

¹³⁴⁰ - في المطبوع وزوجة وما بين المعقوفين من م 155 وما يابى 119.

¹³⁴¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 ويحيى ص 76 و م ص 55 ويم ص 70 وما يابى 119.

نص خليل

بِخِلَافِ أَخٍ لَأَخٍ إِنْ بَرَزَ وَلَوْ بِتَعْدِيلٍ وَتَوَلَّيْتُ أَيْضًا بِخِلَافِهِ كَأَجِيرٍ وَمَوْلَى وَمُلَاطِفٍ وَمُفَاوِضٍ فِي غَيْرِ مُفَاوِضَةٍ وَزَائِدٍ.

متن الخطاب

الشهادات، وقال ابن [راشد¹³⁴²] في اللباب: وشهادة الأب مع ولده جائزة على القول المعمول به. انتهى. وقال ابن فرحون: ولو شهد الأب مع ابنه عند الحاكم جازت على القول المعمول به، وقال بعض الموثقين: شهادتهما بمنزلة شهادة واحدة، وفي معين الحكام: والقول بأنهما بمنزلة شاهدين أعدل. ثم قال: وتعديل أحدهما الآخر لم يجزه أحد من أصحاب مالك، إلا [أن¹³⁴³] ابن الماجشون قال: إن لم يكن التعديل نزعاً ولم يكن به قام وإنما نزعهم وقام به إحياء شهادته فلا بأس أن يصفه بما تتم به شهادته وفيه بعد. قال ابن عرفة: وما أدركت قاضياً حفظه الله من تقديم ولده أو قريبه إلا قاضياً واحداً. جعلنا الله ممن علم الحق وعمل به. انتهى. ثم قال: مسألة: وأما شهادة الأخوين في شيء فشهادتهما جائزة وليس كالأب وابنه.

تنبيه: قد تلحقهما التهمة فلا تجوز شهادتهما كما لو شهد أخوان أن هذا ابن أخيها الميت، والمشهود له ذو شرف فإن النسب لا يثبت بشهادتهما، ويثبت للمشهود له المال إن ادعاه. والله أعلم. فرع: تنفيذ القاضي حكم والده أو ولده لم أرفه نصاً، والظاهر جواز ذلك؛ لأن للحاكم أن ينفذ حكم نفسه إذا قامت عليه بينة، وإن نسيه أو أنكره فكذلك حكم ولده أو والده فتأمل. والله أعلم. ص: بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل ش: ويشترط فيه أن لا يكون في عياله ويشترط ذلك أيضاً في شهادة المولى لمعتقه والصديق الملائف والأجير، وقد نص على الثلاثة الأول في كتاب الشهادات من المدونة قال فيها: وتجوز شهادة الأخ لأخيه والرجل لمولاه أو [لصديقه الملائف¹³⁴⁴] إلا أن يكون من عياله أحد من هؤلاء يموه فلا تجوز شهادته له، وتجوز شهادة الرجل لشريكه المفاوض إذا شهد له في غير التجارة إذا كان لا يجر لنفسه بذلك شيئاً. انتهى. وقال في أول الكتاب ولا تجوز شهادة من هو في عيال الرجل له، وكذلك الأخ والأجنبي إذا كانا في عياله، فإن لم يكونا في عياله جازت شهادتهما إذا كانا مبرزين في العدالة في الأموال والتعديل.

156

قال في التنبيهات: المبرز بكسر الراء المشددة أي ظاهر العدالة سابقاً غيره متقدماً، وأصله من تبرز الخيل في السبق وتقدم سابقها، وهو المبرز لظهوره وبروزه أمامها. انتهى. وقال ابن رشد في أول سماع ابن القاسم من الشهادات: يشترط التبريز في العدالة على مذهب ابن القاسم فيمن سئل في مرضه شهادة لتنقل عنه فقال لا أعلمها، ثم شهد بها واعتذر بأنه خشي في مرضه عدم تثبته فيها، ومن زاد في شهادته أو نقص بعد أدائها، وشهادة الأخ لأخيه والأجير لمن استأجره إن لم يكن في عياله، وشهادة المولى لمن أعتقه، وشهادة الصديق الملائف لصديقه، وشهادة الشريك المفاوض لشريكه في غير مال المفاوضة. انتهى. وسيأتي لفظ السماع في

الحديث

¹³⁴² * - في المطبوع رشد وما بين المعقوفين من يحيى 420 وسيد 23 وما يابى 119.

¹³⁴³ - في المطبوع ويحيى ص 76 و م ص 55 ويم ص 70 إلا ابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 وما يابى 119.

¹³⁴⁴ - في المطبوع لصديقه أو الملائف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 ويحيى ص 77 و م ص 55 ويم ص 71 وما يابى 119.

القول التي بعد هذه، ونقله ابن عرفة في المانع الثالث، وكأن المؤلف استغنى عن هذا الشرط بقوله بعد هذا: ولا إن جربها فإنهم جعلوا من ذلك شهادة المنفق عليه للمنفق فتأمله.

تنبيهان: الأول: قال سحنون في كتاب ابنه: معنى [الذي ليس¹³⁴⁵] في عياله هو الأجير المشترك مثل الصناع وغيرهم، فأما الأجير الذي يصير جميع عمله لمن استأجره وهو في عياله أو ليس في عياله قد دفع إليه مؤنته فلا يجوز أن يشهد له وإن كان معتزلاً عنه. انتهى من النوادر. ونقله ابن يونس وأبو الحسن، وزاد: قال اللخمي ظاهر قول ابن القاسم أن المنع إذا كان في نفقته كانت النفقة بالطوع أو من الإجارة؛ لأن المظنة تتعلق بالوجهين جميعاً لأنه يخشى إن لم يشهد له أن يصرفه، وكذلك الأجير المشترك كالطراز والقصار لأنه يتهم في شهادته له أن يخصه بأعماله. انتهى. وأما شهادة السمسار فقال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الأقضية في شرح قولها: ولا تجوز شهادة المعزول على ما حكم به يقوم منه ومما فوقه. ومن قولها بعد ولا تجوز شهادة قسام القاضي أن شهادة الخاطب والسمسار لا تجوز، وفي ذلك خلاف، والفتوى بقبول شهادة الخاطب دون السمسار. انتهى. لكن قيد في كتاب الأيمان بالطلاق عدم جواز شهادة السمسار بما إذا شهد فيما يتهم فيه، ونصه عند قول المدونة: وإن شهد رجلان على رجل أنه أمرهما أن ينكحاه وأن يبتاعا له بيعاً وأنهما فعلاً ذلك وهو ينكر لم تجز شهادتهما عليه لأنهما خصمان.

قال ابن ناجي مثله في النكاح الأول حيث لم تجز شهادة الأب في عقدة النكاح؛ لأنه شهد على فعل نفسه ويقوم [من هنا¹³⁴⁶] أن شهادة السمسار لا تجوز، وذلك فيما يتهم فيه كما إذا شهد في عقد البيع، وأما حيث لا يتهم فجائزة، كما إذا شهد في الثمن وكانت أجرته لا تختلف، سواء باع بقليل أو كثير، ونص عليه بذلك الشعبي، وأفتى ابن الحاج بجواز شهادته، ذكره فيما إذا أنكر المبتاع البيع، ويقوم منها أيضاً أن شهادة الخاطب لا تجوز، وفيها خلاف حكاه صاحب الطراز في أول الأنكحة فقال: لا تجوز شهادة الخاطبين لأنهما معا كخصمين، وقيل إنما ذلك إذا أخذ على ذلك أجراً، فإن لم يأخذ أجراً جاز، وكانت الفتوى تجري به، وسئل عنها ابن رشد فأجاب بجوازها لعدم التهمة، وأما شهادة المشرف لمن يشرف عليه فسأل عنها عياض ابن رشد فأفتاه بالجواز، وهو واضح لقول أحمد بن نصر وغيره إن تنازع المشرف والوصي عند من يكون المال فإنه يكون عند الوصي، ويقوم منها ما في سماع أصيغ من الشهادات فيمن دفع إلى رجلين مالا وأمرهما أن يدفعاه إلى رجل وأن يشهدا عليه فزعم أنهما فعلاً ذلك، وأنكر الرجل فقال لا تجوز شهادتهما؛ لأنهما/ يتهمان في دفع اليمين عنهما. انتهى. فتحصل من كلامه أن شهادة السمسار جائزة فيما لا يتهم فيه بلا خلاف، وفي شهادته فيما يتهم فيه قولان وقعت الفتوى بكل منهما فتأمله. والله أعلم. وتقدم الكلام على شهادة الخاطب والقسام والعائد في كتاب القسمة.

157

فائدة: وقع في نوازل البرزلي في كتاب الإجارة للسماسة عدة أسماء فسامهم في بعض المواضع

¹³⁴⁵ - في المطبوع ليس الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 156 ويحيى ص 77 و م ص 55 ويم ص 71

وما يابى 120.

¹³⁴⁶ * - في المطبوع منهما وما بين المعقوفين من يحيى 421 وسيد 24 وما يابى 120 وم 55.

أَوْ مُنْقَصٍ وَذَاكَرٍ بَعْدَ شَكٍّ وَتَرْكِيبَةٍ وَإِنْ بَحَدٍّ مِّنْ مَّعْرُوفٍ إِلَّا الْغَرِيبَ.

نص خليل

متن الخطاب سماسرة، وفي بعضها النخاسين، وفي بعضها الصاحبة، وفي بعضها الدالين وفي بعضها الطوافين، وفي بعضها الوكلاء من السماسرة. والله أعلم.

الثاني: الصديق الملائف هو المختص بالرجل الذي يلائف كل واحد منهما صاحبه، ومعنى اللطف الإحسان والبر والتكرمة، وهو أحد معاني تسميته لطيفاً، ولو كانت هذه الملائفة من أحدهما للآخر كانت كمسألة الأخوين اللذين ينال أحدهما بر الآخر وصلته. انتهى من كتاب الأقضية من التنبيهات. وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب في كتاب الإقرار: والصديق الملائف هو الذي قيل فيه:

إِنْ أَخَاكَ الْحَقَّ مِنْ كَانَ مَعَكَ وَمَنْ يَضُرُّ نَفْسَهُ لِيَنْفَعَكَ

ومن إذا ريب الزمان صدعك شئت فيك شمله ليجمعك.

اهـ. وهذا الذي قاله بعيد وقل أن يوجد أحد بهذه الصفات، فالأولى تفسيره بما في التنبيهات. والله أعلم.

ص: أو منقص ش: مسألة: وإذا نقص الشاهد بعض الشهادة ونسي البعض فيرد الجميع. قاله ابن رشد في نوازل أصبغ من الشهادات في آخر الكلام على مسألة من أعتق عبيدين فشهدا بعد عتقهما أنه غصبهما من رجل، ونصه: وإذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها، أو سقط عن حفظه بعضها فإنها تسقط كلها بإجماع. انتهى.

ص: وذاكر بعد شك ش: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: إذا سئل الشخص عن شهادة في مرضه لتنقل عنه، أو ليشهد على شهادته تحصينا لها، أو سئل عند الحاكم ليشهد بها فأنكرها وقال لا علم عندي منها، ثم جاء يشهد فإنه يقبل إذا كان مبرزاً في العدالة، وأما لو لقبه الذي عليه الحق فقال بلغني أنك تشهد علي بكذا فقال لا أشهد عليك بذلك ولا عندي منه علم وإن شهدت عليك فشهادتي باطلة لم يقدح في شهادته ولا يضرها، وإن أقام على قوله بينة. قال ذلك ابن حبيب في الواضحة: وهل يحمل على التفسير لقول/ مالك هذا؟ انتهى. وفيه أما إذا قال الشاهد بعد شهادته للمشهود عليه إن كنت شهدت عليك بذلك فأنا مبطل فإنه رجوع عن الشهادة، وذكر فيه ابن رشد خلافاً.

158

فرع: قال في الطراز في الذي يسأل الشهادة فيقول هي اليوم عندي ألف سنة: قال بعضهم هو جاهل ولا تسقط شهادته؛ لأنه محمول على المبالغة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: {لا يضع عصاه عن عاتقه¹}. عاتقه¹.

فرع: قال ابن رشد في مسائل الشهادات في نوازه في رجل شهد لرجل شهادة فقال المشهود عليه للمشهود له ما بال هذا الشاهد لم يؤد لك هذه الشهادة منذ كذا وكذا؟ فقال له المشهود له إنه لتحريره وتوسوسه توقف وتثبت حتى جاء بنص كلامك مخافة أن يزيد عليك فيه شيئاً لم تقله، فزعم المشهود عليه أن قول المشهود له المنصوص فوق هذا مسقط لشهادة الشاهد لما فيه من ذكر الوسوسة. فأجاب أن ذلك لا يبطل شهادة الشاهد؛ لأنه إنما وصفه بالتحري والتثبت. انتهى مختصراً.

1- أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد، مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم الحديث 1480، جزء من حديث فاطمة بنت قيس.

نص خليل

بأشْهَدُ أَنَّهُ عَدْلٌ رِضًا مِنْ فَطْنٍ عَارِفٍ لَا يُخْذَعُ مُعْتَمِدٍ عَلَى طُولِ عِشْرَةٍ لَا سَمَاعٍ مِّنْ سَوْقِهِ أَوْ مَحِلَّتِهِ إِلَّا لَتَعْتَدِرَ وَوَجِبَ إِنْ تَعَيَّنَ كَجَرَحٍ إِنْ بَطَلَ حَقٌّ وَتُدَبَّ تَزْكِيَّةٌ سِرٌّ مَعَهَا مِنْ مُتَعَدِّ وَإِنْ لَمْ يَعْرِفِ الْإِسْمَ أَوْ لَمْ يَذْكُرِ السَّبَبَ بِخِلَافِ الْجَرَحِ وَهُوَ مُقَدَّمٌ وَإِنْ شَهِدَ ثَانِيًا فِيهِ الْإِكْتِفَاءُ بِالتَّزْكِيَّةِ الْأُولَى تَرَدُّدٌ وَبِخِلَافِهَا لِأَحَدٍ وَلَدَيْهِ عَلَى الْآخَرِ أَوْ أَبَوَيْهِ إِنْ لَمْ يَظْهَرْ مِثْلٌ لَهُ.

متن الخطاب

ص: [بأشهد¹³⁴⁷] أنه عدل رضا ش:

فرع: ذكر الدماميني في حاشية البخاري في كتاب الشهادات في قوله لا نعلم إلا خيرا¹ إن هذا اللفظ لا يفيد التزكية، وإنما يكتب في التبرئة من التهم، فيقولون في عقد التبرئة لا يعلم شهوده على فلان إلا خيرا، ولا بد في هذه الشهادة من خبرته ومباينته، وكذلك قوله لا أعلم له وارثا، وقوله لا أعلم له مالا. انتهى.

ص: كجرح إن بطل حق ش: وعكس هذه المسألة إن شهد الشاهد بحق وأنت تعلم جرحته فهل يجوز لك أن تجرحه؟ ذكر فيه ابن رشد في سماع ابن القاسم في رسم الشجرة، وفي سماع عيسى وفي سماع سحنون قولين ورجح أنه لا يشهد بجرحته.

ص: بخلاف الجرح ش:

مسألة: إذا قال أحد المجرحين في أحد الشاهدين هو كذاب وقال الآخر فيه هو آكل ربي فليس بتجريح حتى يجتمعا على شيء واحد، وإن قال أحدهما هو خائن، وقال الآخر يأكل أموال اليتامى فذلك تجريح لأنه معنى واحد، وقال أيضا: إذا جرحه أحدهما بمعنى وجرحه الآخر بمعنى آخر فذلك تجريح؛ لأنهما قد اتفقا على أنه رجل سوء. قال ابن حبيب: وسألته قبل ذلك عن تجريحهما إياه بأنه رجل غير مقبول الشهادة وقال [لم يسميا¹³⁴⁸] بالجرحه، فقال هي جرحه ولا يكشف عن أكثر من هذا. انتهى من ابن سهل.

159

ص: وهو المقدم ش: قال في النوادر: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا عدل الشهود عنده ثم أتى من/ يجرحهم فإنه يسمع الجرحه فيهم أبدا ما لم يحكم، فإذا حكم لم ينظر في حالهم بجرحه ولا بعدالة في ذلك الحكم. انتهى من كتاب الأقضية الثاني وآخر ترجمة المحكوم عليه يجد بعد الحكم بينة أو منفعة من تجريح أو غيره، وقال في الطرر في ترجمة وثيقة بتجريح عداوة: ولابن الماجشون إن جرح رجلان عدلا ثم جاء المجرع بمن يعدله لم قبله ولو [أتى¹³⁴⁹] بألف عدل، وقاله أصبغ من رواية أبي زيد عنهما. انتهى. والظاهر أن هذا على سبيل المبالغة.

ص: وبخلافها لأحد ولديه على الآخر أو أبويه إن لم يظهر ميل له ش: هذا مخرج أيضا من عدم قبول شهادة متأكد القرابة فهو معطوف على خلاف من قوله: بخلاف أخ لأخ وأعاد العامل

الحديث

1- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشهادات، رقم الحديث 2637.

¹³⁴⁷ - في المطبوع فأشهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 158 ويحيى ص 78 و م ص 56 ويم ص 71 وما يابى 121.

¹³⁴⁸ - في المطبوع لا يسمى وما يابى 122 ويحيى ص 78 ويم ص 72 و م ص 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135.

¹³⁴⁹ - ساقطة من المطبوع ويم ص 72 و م ص 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 159 ويحيى ص 78 وما يابى 122.

نص خليل وَلَا عَدُوٌّ وَلَوْ عَلَى ابْنِهِ أَوْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ.

متن الخطاب لطول الفصل، والضمير في بخلافها عائد إلى الشهادة، والمعنى أن شهادة الولد أو الوالدة لأحد ولديه على الآخر جائزة إن لم يظهر ميل للمشهود له، وكذلك شهادة الولد ذكراً كان أو أنثى لأحد أبويه على الآخر جائزة إن لم يظهر ميل للمشهود له، فقله: "إن لم يظهر ميل" قيد في المسألتين، ومفهوم الشرط أنه إن ظهر ميل للمشهود له لم تجز الشهادة اتفاقاً، وأما إن لم يظهر ميل فالذي رجحه ابن محرز واللمخي، ومشى عليه المصنف، وهو قول ابن القاسم قبول الشهادة؛ لأن الشاهد استوت حاله فيمن شهد له وعليه فصار كمن شهد لأجنبي، وقال سحنون لا تجوز شهادة الأب لابنه [على حال¹³⁵⁰]، واشترط بعضهم في قبول هذه الشهادة التبريز، ولم يذكره المصنف، فإن ظهر الميل للمشهود عليه قال ابن الحاجب: فأولى بالجواز. قال في التوضيح: يريد على القول بالجواز ولا يريد أنه يتفق على الجواز؛ لأن سحنوناً يمنع وإن شهد للأب على الأصغر [وللرشيد¹³⁵¹] على السفية وللعاق على البار، وكأنه رآه حكماً غير معلل، وأن المنع في ذلك للسنة. انتهى. وقال في الشامل: وإن ظهر ميل للمشهود عليه جازت على المشهور. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: قال ابن رشد: وإن شهد لأبيه على ولده أو لولده وليس في حجره [على أبيه¹³⁵²] فيخرج على الخلاف في شهادته لأحد أبويه على الآخر، ولو شهد لأبيه على جده أو لولده على ولد ولده لانبغي أن لا تجوز اتفاقاً، ولو كان على العكس لانبغي أن تجوز اتفاقاً. انتهى. / ص: ولا عدو ولو على ابنه ش: يريد إذا كانت العداوة بينة. قال في التوضيح: فإن قلت ما أفاد قوله -يعني ابن الحاجب- عكس القرابة قيل فائدتين: الأولى تقييد العداوة بالبينية كما قيد في القرابة تأكيد الشفقة. قال ابن كنانة في المجموعة: إن كانت الهجرة في أمر خفيف فشهادة أحدهما تقبل على الآخر، وأما المهاجرة الطويلة والعداوة البينة فلا تقبل. انتهى. ونقله ابن عرفة عن المازري، ونصه: المازري قال ابن كنانة: إن كانت العداوة خفية¹³⁵³ على أمر خفيف لم تبطل الشهادة. [انتهى¹³⁵⁴]. تنبيه: والعداوة المانعة هي العداوة بسبب أمر دنيوي. قال ابن الحاجب: وشرطها أن تكون عن أمر دنيوي من مال أو جاه أو منصب أو خصام وإن كان أصله [ديناً¹³⁵⁵] يتشوف به عادة إلى أذى يصيبه، وقوله ولو على ابنه مثله أبوه، كما صرح به في البيان. وكذا أمه. نقله ابن عرفة عن الشيخ، وتجاوز على عدو أخيه في المال. نقله في رسم باع من سماع عيسى من كتاب الشهادات. فرع: وتجاوز على صبي أو سفية في ولاية عدوه على الأصح.

الحديث

1350 - في المطبوع على كل حال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 159 ويحيى ص 78 و م ص 56 ويم ص 72 ومايaby 122.

1351 - في المطبوع والرشد وما بين المعقوفين من يحيى 422 وسيد 24 ومايaby 122 وم 56 ويم 93.

1352 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 159 ويحيى ص 78 و م ص 56 ومايaby 122.

1353 * - في يحيى 423 وم 56 ويم 93 إن كانت العداوة خفيفة.

1354 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 160 ويحيى ص 79 و م ص 56 ويم ص 72 ومايaby 122.

1355 * - في المطبوع دنيا وما بين المعقوفين من يحيى 423 وسيد 24 وم 56 ومايaby 122 والتوضيح، ج 7 ص 502، ط. مركز نجيبويه.

نص خليل وَلِيُخْبِرَ بِهَا كَقَوْلِهِ بَعْدَهَا تَتَّهَمُنِي وَتُشَبِّهُنِي بِالْمَجَانِينِ مُخَاصِمًا لَا شَاكِيًّا وَاعْتَمَدَ فِي إِعْسَارِ بَصُحْبَةٍ وَقَرِينَةٍ صَبْرٍ ضَرَّ كَضَرِّ الزَّوْجَيْنِ وَلَا إِنْ حَرَصَ عَلَى إِزَالَةِ نَقْصٍ.

متن الخطاب فرع: من كان بينهما عداوة معلومة ثم اصطالحا جازت شهادة كل منهما على صاحبه إذا طال الأمر واستحق الصلح وظهرت براءتهما من دخل العداوة؛ لأنه يتهم إذا شهد بقرب صلحه أنه إنما صالحه ليشهد عليه. قاله في سماع أشهب، ونقله ابن عرفة، وقال في المسائل الملقوطة: مسألة قوم بينهم فتنة أو بين آبائهم وأجدادهم ثم اصطالحوا فلا يشهد بعضهم على بعض حتى ينقضي القرن الذين شاهدوا الفتنة. قاله مالك في أسئلة محمد بن سالم وفي النوادر، ومثله لابن العربي في الأحكام، واستدل بقوله تعالى: ﴿قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تَخْفَى صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ﴾ من الأحكام من مسائل الحكام. انتهى.

ص: وليخبر بها ش: أي بالعداوة، والمسألة في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات وفي النوادر، ورجح ابن رشد القول بأنه لا يخبر بها، وانظر إذا كان الشاهد يعلم من نفسه الجرحه، والظاهر أنه لا يجوز له أن يذكر ذلك، وتقدم في باب الصوم أن مرجو الشهادة له أن يشهد وإن علم من نفسه الجرحه، وانظر أول رسم من سماع عيسى وسماع سحنون ونوازل والنوادر. والله أعلم.

مسألة: الشاهد يشهد بما لا يرى جوازه ذكرها في الواضحة، ونقلها ابن فرحون في الفصل الثامن في تنبيه القاضي على أمور عند أداء الشهادة، ونصه: وفي مختصر الواضحة فيمن عنده شهادة على شيء لا يعتقد جوازه. قال ابن عبدوس: سألت سحنونا عن الرجل تكون عنده الشهادة وهو ممن لا تجوز عنده والقاضي ممن يرى إجازتها، أترى على الشاهد أن يؤديها إلى القاضي قال: كيف هذه الشهادة؟ قلت: مثل أن يشهد على صداق معجل في نكاح ومعه مؤجل لم يضرب له أجل. فقال ما أرى أن يشهد، فإن جهل الشاهد [وشهد¹³⁵⁶] فينبغي للقاضي أن ينبهه على أنه لا ينبغي له أن يشهد في ذلك. انتهى.

ص: واعتد في إعسار بصحبة وقرينة صبر ضر كضرر أحد الزوجين ش: يعني أن الشاهد في الإعسار وما أشبهه كالتعديل وضرر الزوجين يجوز له/ أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوي؛ لأنه المقدور على تحصيله غالبا، ولو لم يحكم بمقتضاه لزم تعطيل الحكم في التعديل والإعسار فيتعتمد في الإعسار على الصحبة وصبره على الضرر، كالجوع ونحوه مما لا يكون إلا مع الفقر، فالإعسار في قوله [بصحبة¹³⁵⁷] بمعنى على كقوله تعالى: ﴿مَنْ إِنْ تَأَمَّنْهُ بِقَنْطَارٍ﴾ بدليل قوله تعالى: ﴿هَلْ آمَنُكُمْ عَلَيْهِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَرَا بِهِمْ يَتَغَامَزُونَ﴾ بدليل ﴿وَأَنْكُمْ لَتَمْرُونَ عَلَيْهِمْ مَصْبِحِينَ﴾ مسألة: لا يكلف الشهود من أين علموا ما شهدوا به. قال ابن سهل في كتاب الأقضية: فصل إذا شهدوا أنه كفء لليتيمة. قال ابن لبابة: الشهادة تامة وليس على القاضي أن يسألهم من أين علموا

161

الحديث

¹³⁵⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 160 ويحيى ص 79 وما يابى 123.

¹³⁵⁷ * - في المطبوع بصحبته وما بين المعقوفين من سيد 24 ويم 93 وما يابى 123.

نص خليل
فِيمَا رُدَّ فِيهِ لِفُسْقٍ أَوْ صَبًّا أَوْ رِقًّا أَوْ عَلَى التَّاسِي كَشَهَادَةٍ وَلَدَ الزَّانَا فِيهِ أَوْ مَنْ حُدَّ فِيهَا حُدٌّ فِيهِ وَلَا إِنْ حَرَصَ عَلَى الْقَبُولِ.

متن الخطاب ذلك. انتهى. وقال في كتاب الشهادات: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا شهد شاهدان لفلان على فلان مائة دينار ولم يقولوا أقر بذلك فلا تجوز شهادتهما؛ لأنهما حاكيان حتى يبيننا ذلك، فيقولان أقر عندنا أو أسلفه. انتهى. ونقل ابن فرحون عن معين الحكام أن ظاهر كلام ابن الحارث خلاف ذلك، ونصه في معين الحكام: قال محمد بن حارث: إذا لم يبين الشهود وجه الحق الذي شهدوا فيه ولا فسروه فليس ذلك بشيء حتى يبينوا أصل الشهادة، وكيف كانت فيقولون أسلفه بمحضرننا [أو أقر عندنا المطلوب أنه أسلفه، وإن كان الدين من بيع فسروا ذلك وقالوا باع منه كذا بمحضرننا¹³⁵⁸] أو بإقراره عندنا، وفي أحكام ابن سهل قال محمد بن عبد الحكم، وذكر كلامه المتقدم، ثم قال بعده: تنبيه: وفي معين الحكام: قال بعض المتأخرين: ظاهر هذا أنه إذا أقر عندهما بالدين مجملًا ولم يذكر المقر وجهه وشهدوا به أنه يؤخذ بذلك، وظاهر ما قاله ابن حارث في هذه المسألة خلاف هذا حتى يشهد بإقراره بالسلف أو المعاملة. انتهى.

ص: فيما رد فيه لفسق ش: وكذلك جميع موانع الشهادة. قال ابن عرفة: قال المازري والشيخ لابن سحنون عن أبيه أجمع أصحابنا على أن الشهادة إذا ردت لظنة أو تهمة أو مانع من قبولها ثم زالت التهمة أو الوجه المانع من قبولها أنها إذا أعيدت لم تقبل. انتهى. ونقله ابن عبد السلام، واحتترز بقوله فيما رد فيه بما لو أدى الشهادة ولم ترد حتى زال المانع فإنها تقبل، لكن بشرط إعادتها بعد زوال المانع. قال في التوضيح: وكذلك لو قال القائم بشهادته للقاضي عندي فلان العبد أو الصغير أو النصراني فقال القاضي لا أجزى شهادة هؤلاء، فإن هذا ليس ردًا لشهادتهم، وتقبل شهادتهم بعد ذلك؛ لأن كلامه إنما هو فتوى. قاله غير واحد، ونقله في الشامل.

ص: أو على التأسى ش: يعني أنه يتهم في أن يجعل غيره مثله؛ لأن المصيبة إذا عمت هانت وإذا ندرت هالت، ولهذا قال عثمان رضي الله عنه: ودت الزانية أن النساء كلهن يزنين. انتهى من التوضيح. ص: كشهادة ولد الزنا ش: قال ابن عبد السلام: لما كان هذا الوصف لازماً له لا ينفك عنه في طاعة ولا فسق اتفق المذهب على رد شهادته في ذلك. انتهى. وتبع في الاتفاق ابن الحاجب، وهذه طريقة المازري. قال ابن عرفة: وفي ولد الزنا طريقان. المازري: لم يختلف المذهب في رد شهادته في الزنا وقبولها فيما سوى ذلك مما لا تعلق له بالزنى، ثم ذكر الطريق الثانية، وعزاها لابن رشد، ونصه: شهادة ولد الزنا في الزنا وفي نفي الرجل عن أبيه جارية على الخلاف فيمن حد في شيء هل تجوز شهادته فيه أم لا؟ والمشهور من قول ابن القاسم أنها مردودة. انتهى. قال في التوضيح في هذا المحل: قال مطرف وابن الماجشون: وكذلك لا تقبل فيما يتعلق بالزنا كاللعان والقذف والمنبؤ. انتهى. / ص: أو من حد فيما حد فيه ش: هذا هو المشهور، وصرح بمشهوريته ابن عبد السلام في الاستذكار.

162

الحديث

نص خليل كَمَخَاصِمَةِ مَشْهُودٍ عَلَيْهِ مُطْلَقًا.

نقله في التوضيح وابن عرفة، فعزو تشهيره لابن رشد قصور، وقال ابن عرفة: الشيخ عن الأخوين: المحدود في الزنا يتوب شهادته جائزة في كل شيء إلا في الزنا والقذف واللعان، وكذلك المنبوذ لا تجوز شهادته في شيء من وجوه الزنا لا قذف ولا غيره وإن كان عدلا، وفي نوازل سحنون من اقتص منه في جنابة لم تجز شهادته في مثل الجرح الذي اقتص منه. ابن رشد: هذا شذوذ أغرق فيه في القياس.

قلت: للشيخ عن الواضحة قال الأخوان: من قتل عمدا فعفي عنه ثم حسنت حالته جازت شهادته إلا في القتل، وفي كتاب ابن سحنون قيل لابن كنانة من ضربه الإمام نكالا أينتظر في قبول شهادته توبته قال ليس ما ينكل به، سواء نكل ناس بالمدينة لهم حال حسنة لشيء أسرعوا فيه إلى ناس، وشهادتهم في ذلك تقبل ليس لأحد فيهم مغمز، ومن ليس بحسن الحال إلا أن شهادته تقبل وليس بمشهور العدالة يأتي بما فيه النكال الشديد فلينظر في هذا، وإنما يعرف هذا عند نزوله، وأما الشتم ونحوه وهو في غير ذلك يعرف بالصلاح فلا ترد شهادته. انتهى. والله أعلم.

ص: كمخاصمة مشهود عليه مطلقا ش: أي في حق الله أو في حق الآدمي، أما في حق الله كما لو تعلق أربعة برجل ورفعوه للقاضي وشهدوا عليه بالزنا، وأما في حق الآدمي فقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب: وفي القبول كمخاصمة المشهود عليه في حق الآدمي إن أراد بتوكيل من المشهود له فهو نقل الباجي عن ابن وهب: الوكيل على خصومة لا تجوز شهادته فيما يخاصم فيه، وإلا فهو أخرى في عدم القبول. انتهى. والظاهر أنه كذلك إذا خاصم بغير وكالة بل هو أظهر.

فرع: قال في النوادر في الجزء الثاني من كتاب الشهادات في الترجمة التي قبل ترجمة الرجل يشهد لنفسه ولغيره: ومن كتاب ابن المواز من وكل رجلا على طلب [رجل¹³⁵⁹] في حق ثم عزله وتولى الطلب بنفسه فشهادة الوكيل له جائزة. انتهى.

تنبيهات: الأول: ظاهر كلامه أن المخاصمة في حق الله تعالى مبطله مطلقا، سواء كان مما يستدام فيه التحريم أو لا، وهو كذلك على ما قال بعض المتأخرين أنه مذهب ابن القاسم خلاف مذهب مطرف وابن الماجشون، وعند ابن رشد أن المخاصمة إنما تبطل ما لا يستدام فيه التحريم، وأما ما يستدام فيه التحريم فلا تبطله المخاصمة كما يأتي في كلامه، وظاهر كلام المازري فيما حكى عنه ابن عرفة الإطلاق ككلام المؤلف.

الثاني: ظاهر كلامه أيضا أن المخاصمة مطلقا في حقه تعالى مبطله ولو كان القائم فيها من أصحاب الشرط الموكلين بتغيير المنكر وليس كذلك، بل هو مقيد بغيرهم كما سيأتي في كلام ابن رشد، ونصه: قال في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الشهادات: وقال ابن القاسم في صاحب السوق أخذ سكرانا فسجنه وشهد عليه وآخر معه فقال: لا أرى أن تجوز شهادته؛ لأنه قد صار خصما حين سجنه ولو رفعه إلى غيره قبل أن يسجنه وشهد مع الرجل جازت شهادته عليه. قال محمد بن رشد:

الحديث

متن الخطاب إنما جازت شهادته عليه وإن أخذه فرفعه ما لم يسجنه؛ لأن ما فعل من أخذه ورفعه لازم له من أجل أنه موكل بالمصلحة، ولو لم يكن صاحب السوق موكلًا بالمصلحة فأخذ سكرانا فرفعه إلى غيره لم تجز شهادته عليه على ما قال في المسألة بعدها. وبالله التوفيق.

مسألة: وقال ابن القاسم في أربعة نفر شهدوا على رجل بالزنا فتعلقوا به فأتوا به إلى السلطان وشهدوا عليه قال لا أرى أن تجوز شهادتهم وأراهم قذفة، ورواها أصبغ في كتاب الحدود، وقال محمد بن رشد: إنما لم تجز شهادتهم لأن ما فعلوا من أخذه وتعلقهم به ورفعهم إياه إلى السلطان لا يلزمهم، ولا يجب عليهم بل هو مكروه لهم؛ لأن الإنسان مأمور بالستر على نفسه وغيره، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبدلنا [صفحة 1360]

نقم عليه كتاب الله¹} وقال لهزال {يا هزال/ لو سترته بردائك لكان خيرا لك²} فلما فعلوا ذلك صاروا ظالمين له ومدعين الزنا عليه وقذفة له، فوجب عليهم الحد له، إلا أن يأتوا بأربعة شهداء سواهم على معينة الفعل كالمرود في المكحلة، ولو كانوا أصحاب شرطة موكلين بتغيير المنكر ورفع أو أحدهم فأخذوه أو أخذه [بعضهم¹³⁶¹] فجاؤا به فشهدوا عليه لقبلت شهادتهم؛ لأنهم فعلوا في أخذه ورفع ما يلزمهم على قياس قوله في المسألة التي قبلها.

وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون وأصبغ: أنه إذا شهد أربعة بالزنا على رجل جازت شهادتهم وإن كانوا هم القائمين بذلك، مجتمعين جاؤا أو مفترقين إذا كان افتراقهم [قريباً¹³⁶²] بعضه من بعض، ووجه ذلك أنه لما كان ما فعلوا من قيامهم عليه مباحا لهم - وإن كان الستر أفضل - لم يكونوا خصماء؛ إذ لم يقوموا لأنفسهم وإنما قاموا لله، وقد مضى هذا الاختلاف مجردا عن التوجيه في أول رسم من هذا السماع، ولو كانت الشهادة فيما يستدام فيه التحريم من حقوق الله كالطلاق والعتاق لجازت شهادتهما في ذلك وإن كانا هما القائمين بذلك؛ لأن القيام بذلك متعين عليهما، وقد قال بعض المتأخرين إن ذلك لا يجوز على مذهب ابن القاسم، وقوله في هذه المسألة [خلاف¹³⁶³] لمطرف وابن الماجشون، ووجه ذلك [لأن¹³⁶⁴] كل من قام في حق يريد إتمامه فهو يتهم أن يزيد في شهادته ليطم ما قام فيه وهو عندي بعيد. انتهى. وكررها في سماع أصبغ من كتاب الحدود والقذف، وذكر ابن رشد كلامه عليها بالحرف، وأشار إلى أنه قدمه غير أنه زاد بعد قوله في آخر الشرح وابن الماجشون لفظ وأصبغ وهو ظاهر، وقال بعده: ووجه ذلك بأن كل من قام إلى آخر ما تقدم فجعل وجه [فعلا¹³⁶⁵] ماضيا مسندا إلى ضمير بعض المتأخرين. كذا رأيته هناك

- 1 - موطأ مالك، كتاب الحدود، رقم الحديث 1562.
- 2 - بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له هزال يا هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك، موطأ مالك، كتاب الحدود، رقم الحديث 1553.

¹³⁶⁰ - في المطبوع فضيحتة وما بين المعقوفين من الموطأ، رقم الحديث 1562، ص 444.

¹³⁶¹ - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 80 ويم ص 73 وم ص 58 وما بين المعقوفين من الزايد ص 163.

¹³⁶² * - في المطبوع قريب والمثبت يحيى 425 وم 58 وميaby 125 ويم 94.

¹³⁶³ * - في المطبوع خلافا وما بين المعقوفين من البيان ج 16 ص 336.

¹³⁶⁴ * - في المطبوع ووجه ذلك أن وما بين المعقوفين من سيد 24 ومايaby 125 ويم 94 وم 58 ويحيى 425.

¹³⁶⁵ * - في المطبوع فعل وما بين المعقوفين من سيد 24 ويحيى 425 ومايaby 125 وم 58 ويم 94.

متن الحطاب مضبوطا بالقلم، ويدل عليه قوله بأن بإدخال الباء على أن بخلاف ما في هذا المحل، [فإن¹³⁶⁶] وجه فيه مصدر [فيما¹³⁶⁷] يظهر، ويدل عليه إدخال اللام على أن، والظاهر ما في الحدود فعمل ما هنا تصحيف من الناسخ. والله أعلم. وفي تعليقه شيء فإنه في أول الكلام جعل فعلهم من الرفع وعدم الستر مكروها، ثم جعله مباحا، والمباح مباين للمكروه، ولعله أراد الجائز، فإنه يطلق على ما يشمل المكروه والمباح والمندوب والواجب كما تقدم أول الكتاب عن القرافي. قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام ابن رشد المتقدم في الكلام على العداوة: قلت: فشهادة من رفع من شهد عليه لأنه مولى على ذلك مقبولة، وفي غير المولى ثالثها إن كان فيما يستدام فيه التحريم، الأول للأخوين، الثاني لبعض المتأخرين على قياس قول ابن القاسم فيما لا يستدام تحريمه، الثالث لابن رشد محتجا بأن القيام به متعين. انتهى.

وقال ابن عرفة في هذا المحل: قال المازري: واختلف إذا قام الشهود وخاصموا في حقوق الله فأسقط ابن القاسم شهادتهم؛ لأن خصامهم علم على شدة الحرص على إنفاذ شهادتهم والحكم بها، وشدة الحرص قد تحمل على تحريفها أو زيادة فيها. قال مطرف: شهادتهم تلزمه لأنه في أمور الآخرة، وقد قدمنا أن العداوة في حق الله لا تؤثر في الشهادة، وذكر الباجي في قول محمد لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين من قام يطلب حق الله لم تقبل شهادته فيه. قاله ابن القاسم في العتبية. وقال مطرف شهادته جائزة. انتهى.

قلت: ونحوه لابن رشد، وتقدم ذكر كلامه في ذكر الخصومة فجعل المازري المانع حرصه على القبول خلاف كونه الخصومة. انتهى. وقال ابن فرحون في الفصل الثالث من القسم الرابع من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول: من كانت عنده شهادة فلا يحل له أن يكتمها، ويلزمه إذا دعي أن يقوم بها وإن لم يدع فهو على وجهين؛ إما أن يكون حقا لله، وإما أن يكون حقا لآدمي، فالأول على قسمين: ما لا يستدام [فيه التحريم،¹³⁶⁸] وما يستدام فيه، فالأول كالزنا والشرب وشبهه فلا يضر ترك إخباره بالشهادة؛ لأن ذلك ستر عليه، وأشار ابن رشد إلى أن هذا في حق من يندر منه، وأما من كثر منه فينبغي أن يشهد عليه، وإن علم الإمام بذلك فقد قال ابن القاسم في المجموعة: يكتمنونه الشهادة، ولا يشهدوا بذلك إلا في تجريح إن شهد على أحد، والثاني كالعتق والطلاق والخلع والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الأعباس والقناطر وشبهه، فيلزمه أن يخبر بشهادته ويقوم بها عند الحاكم، فإن لم يخبر بشهادته سقطت؛ لأن سكوته عن ذلك جرحه إلا أن يثبت أن لهم عذرا¹³⁶⁹ في عدم القيام. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن رشد اختلف في تجريح الشاهد بذلك، واختلف في بطلان شهادته بالسكوت، فإن كان المنكر هو القائم عليه وهو القائم بالشهادة فاختلف هل تقبل شهادته أم لا؟ وذهب ابن القاسم إلى أنه لا تجوز شهادته إذا كان هو القائم بها، وذهب مطرف وابن

164

1366 - في المطبوع فإنه وما بين المعقوفين من يحيى 425 وسيد 25 ويم 94 وما يابى 125.

1367 - في المطبوع مما وما بين المعقوفين من يحيى 425 وسيد 25 ويم 94 وما يابى 125 وم 58.

1368 - في المطبوع فيه على التحريم وما بين المعقوفين من سيد 25 ويحيى 425 وم 58 ويم 95 وما يابى 126.

1369 - في يم 95 أن له عذرا ص 164.

الماجشون وأصبغ إلى أن شهادته جائزة، وكذلك الحكم لو كانوا جماعة هم القائمون عليه وهم الشهود. انتهى. وقال بعده: تنبيه يستثنى من ذلك مسألة صاحب الشرطة، وذكر مسألة البيان المتقدمة، وحاصل ما تقدم أن ما حكاه ابن رشد عن بعض المتأخرين الذي هو ظاهر كلام المؤلف هو ظاهر إطلاقات أهل المذهب، ولا شك في ظهور الفرق بين وجوب رفع الشهادة وسقوطها بكون الشاهد هو المدعي، فرفع الشهادة عند الحاكم والإخبار بها من غير مخاصمة فيما يستدام فيه التحريم واجب غير مسقط للشهادة، كما سيصرح به المصنف بقوله: "وفي محض حق الله تعالى تجب المبادرة بالإمكان إن استديم تحريمه" وأما إن كان الرافع هو المخاصم فتسقط الشهادة كما أطلقه هنا في قوله: "كمخاصمة مشهود عليه مطلقاً" والله أعلم. وانظر الشفاء في الشهادة بشيء في حق الجنب العلي.

فرع: قال في الطرر في ترجمة عداوة: إذا قام أهل مسجد في حباسة مسجدهم أو حقه على رجل وشهدوا فيه وأنكر الرجل لم تجز شهادتهم عليه؛ لأنهم خصماؤه، فإن قام عليه منهم قائم وشهد غيره جازت شهادتهم؛ لأنهم ليسوا خصماء. انتهى.

فائدة: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة¹³⁷⁰} رواه مسلم في كتاب البر والصلة. قال في الإكمال: وهذا الستر في غير [المستهترين¹³⁷⁰] وأما المتكشفون [المستهترون¹³⁷¹] الذين تقدم إليهم في الستر وسترُوا غير مرة فلم يدعوا وتمادوا فكشف أمرهم وقمع شرهم مما يجب؛ لأن كثرة الستر عليهم من المهادنة على معاصي الله ومصانعة أهلها، وهذا أيضاً في ستر كشف معصية انقضت وفاتت، فأما إذا عرف انفراد رجل بعمل معصية أو اجتماعهم لذلك فليس الستر هاهنا السكوت على ذلك وتركهم وإياها بل يتعين على من عرف ذلك إذا أمكنه تغييرهم عن ذلك بكل حال وتغييره، وإن لم يتفق له ذلك إلا بكشفه لمن يعينه أو السلطان، وأما إيضاح حال من يضطر إلى كشفه من الشهود والأمناء والمحدثين فبيان حالهم ممن يقبل منه، وينتفع به مما يجب على أهله، فأما الشاهد فعند طلب ذلك منه لتجريحه، أو إذا رأى حكماً يقطع بشهادته وقد علم منه ما يسقطها فيجب رفعها، وأما في أصحاب الحديث وحملة العلم المقلدين [فيه¹³⁷²] فيجب كشف أحوالهم السيئة لمن عرفها ممن يقلد في ذلك ويلتفت إلى قوله؛ لئلا يغتر بهم ويقلد في دين الله من لا يجب، على هذا اجتمع رأي الأئمة قديماً وحديثاً، وليس الستر هاهنا بمرغب فيه ولا مباح، وليس في الحديث ما يدل على الإثم في كشفه ورفعته إلى السلطان، وإنما فيه الترغيب على ستره، ولا خلاف أن رفعه له وكشفه لمعصية الله مباح له غير مكروه ولا ممنوع، إن كانت له نية من أجل عصيانه لله ولم يقصد كشف ستره والانتقام منه مجرداً فهذا يكره له. اهـ. والظاهر أنه يحرم بهذا القصد لقوله

1 - المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، رقم الحديث 2442.

- المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، رقم الحديث 2580.

¹³⁷⁰ - في المطبوع المشتهرين وما بين المعقوفين من الإكمال ج 8 ص 49.

¹³⁷¹ - في المطبوع المشتهرون وما بين المعقوفين من الإكمال ج 8 ص 49.

¹³⁷² - ساقطة من المطبوع وقد وردت في الإكمال، ج 8 ص 49 وم 58.

نص خليل أو شَهِدَ وَحَلَفَ أَوْ رَفَعَ قَبْلَ الطَّلَبِ فِي مَحْضِ حَقِّ الْآدَمِيِّ.

متن الخطاب 165 تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ والظاهر أيضا أن الستر إذا خلا عن القيود التي ذكرها أولا يكون مندوبا إليه للحديث المتقدم، وأنه يكره الرفع. والله أعلم.

فرع: قال في النوادر: قال ابن وهب عن مالك: الجار يظهر شرب الخمر وغيره فليتقدم إليه وينهه، فإن انتهى وإلا رفع أمره إلى الإمام، والشرطي يأتيه رجل يدعوه إلى ناس في بيت على شراب قال: أما البيت الذي لم يعلم ذلك منه فلا يتبعه، وإن كان بيتا معلوما بالسوء قد تقدم إليه فيه فليتبعه الشرطي. انتهى من الترجمة الثانية من كتاب الشهادات.

ص: أو شهد وحلف ش: قال ابن عبد السلام: إلا أن يكون الشاهد من جهلة العوام فإنهم يتسامحون في مثل ذلك، فينبغي عندي أن يعذروا به، فإن قلت هذا الوجه من الحرص لا يدل على ضعف في الشهادة، ألا ترى أنه قد جاء في كتاب الله ﴿فَيَقْسَمَانِ بِاللَّهِ﴾، وعلى ما جاء في حديث أبي موسى الأشعري. قلت: قد قيل إن الحكم منسوخ، وبتقدير كونه محكما فالشهود لم يبدؤا باليمين وإنما طلبت منهم فلا يضر. انتهى.

وقال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب الشهادات: قال ابن بطال في قوله عليه الصلاة والسلام: {تسبق شهادة أحدهم يمينه¹} يستدل به على أن الحلف في الشهادة يبطلها. قال: وحكى ابن شعبان في الزاوي من قال أشهد بالله أن لفلان على فلان كذا لم تقبل شهادته؛ لأنه [حلف وليس¹³⁷³] بشهادة. قال ابن بطال: والمعروف عن مالك خلافه. انتهى.

ص: أو رفع قبل الطلب في محض حق آدمي ش: قال في التوضيح: نعم قال علماؤنا يجب عليه أن يعلم صاحبه به إن كان حاضرا، فإن لم يفعل فروى عيسى عن ابن القاسم ذلك مبطل لشهادته، قال الاخوان إلا أن يعلم صاحب الحق بعلمهم، وجعله ابن رشد تفسيرا، وقال سحنون: لا يكون ذلك جرحا إلا في حق الله تعالى؛ لأن صاحب الحق إن كان حاضرا فقد ترك حقه، وإن كان غائبا فليس للشاهد شهادة، ويلزم على هذا التعليل أنه إذا كان حاضرا لا يعلم أن تلك الرباع له مثل أن يكون أبوه أعارها أو أكرها لمن هي بيده فباعها الذي هي بيده والولد لا يعلم أنها لأبيه أن على الشاهد أن يعلم بذلك، وإلا بطلت شهادته. الباجي: وعندي أن ذلك إنما يكون جرحا إذا علم أنه إن كتم ولم يعلم بشهادته بطل الحق أو دخل بذلك مضرة أو معرة وأما على غير ذلك فلا يلزم القيام بها؛ لأنه لا يدري لعل صاحب الحق، تركه. انتهى. قال ابن عبد السلام: وينبغي لهذا الشاهد أن ينكر على المتصرف في مال غيره، وروي من حديث عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {من كانت عنده شهادة فلا يقل لا أخبر بها إلا عند الحاكم، ولكن ليخبر بها لعل يرجع أو يرعوي²}

¹ - عن عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيئ أقوام تسبق شهادة أحدهم يمينه ويمينه شهادته، البخاري في الجامع الصحيح، دار الفجر للنترات، القاهرة 2005، رقم الحديث 2652.

² - البيهقي، دار الفكر، ج 10 ص 159.

نص خليل
وَفِي مَحْضٍ حَقُّ اللَّهِ تَجِبُ الْمُبَادَرَةُ بِالْإِمْكَانِ إِنْ اسْتُدِّيمَ تَحْرِيمُهُ كَعَتَقٍ وَطَلَاقٍ وَوَقْفٍ وَرِضَاعٍ وَإِلَّا خَيْرَ
كَالزَّنا بِخِلَافِ الْحَرْصِ عَلَى التَّحْمَلِ كَالْمُخْتَفِي وَلَا إِنْ اسْتُبْعِدَ كَبَدْوِيٍّ لِحَضَرِيٍّ بِخِلَافِ إِنْ سَمِعَهُ أَوْ
مَرَّ بِهِ وَلَا سَائِلٍ فِي كَثِيرٍ بِخِلَافِ مَنْ لَمْ يَسْأَلْ أَوْ يَسْأَلَ الْأَعْيَانَ.

وقال ابن عرفة: [مال¹³⁷⁴] الحاضر تبطل الشهادة بترك إعلام الحاضر بها لا بترك رفعها للسلطان.
قلت: إلا أن يكون ربها [ممن¹³⁷⁵] هو إلى نظر السلطان كاليقيم المهمل. انتهى.
ص: وفي محض حق الله تجب المبادرة الخ ش: قال ابن عبد السلام: إن كان هناك غيره ممن يتم
الحكم بشهادته فإنه يستحب له المبادرة تحصيلًا لفرض الكفاية، فإن أبى غيره أو منعه من ذلك
مانع تعين عليه القيام. انتهى.

ص: كعتق وطلاق ووقف ورضاع ش: نحوه لابن الحاجب. قال في التوضيح: قيد ابن شاس الوقف
بأن يكون على غير معينين، وأطلق القول فيه الباجي/ وابن رشد. انتهى. وفي كون هذه الأشياء من
محض حق الله تعالى عندي نظر. والله أعلم.

تنبيه: بهذا القسم والذي قبله اندفع التعارض بين قوله صلى الله عليه وسلم في معرض الذم: {ثم
يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون¹} وقوله: {تبدر شهادة أحدهم يمينه ويمينه شهادته²} وبين
قوله في معرض المدح: {ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها³} فحكم الأول
على الأول، والثاني على الثاني. والله أعلم.

ص: وإلا خير كالزنا ش: تقدم في شرح قوله: "كمخاصمة مشهود عليه" أن الستر أولى/ والرفع
مكروه، وهذا في حق من يندر منه، وأما في حق من يكثر ذلك منه فليرفعه، كما تقدم ذلك أيضا في
كلام ابن فرحون وابن رشد والقاضي عياض، بل أول كلام عياض يقتضي أن الرفع واجب، وتقدم
الكلام على ذلك بما فيه الكفاية. والله أعلم.

ص: بخلاف الحرص على التحمل ش: قال ابن الحاجب: [الحرص على الشهادة في التحمل
كالمختفي ليتحملها لا يضر¹³⁷⁶] على المشهور، وقال محمد: إذا لم يكن المشهود عليه مخدوعا أو
خائفا. قال في التوضيح: وليس قول محمد تقييدا للمشهور، بل هو من تمامه، ففي الموازية: قال مالك
في رجلين قعدا لرجل من وراء حجاب يشهدان عليه قال إن كان ضعيفا أو مخدوعا أو خائفا لم يلزمه

الحديث
1 - إن خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم قال عمران فلا أدري أقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعد قرنه مرتين أو ثلاثة ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يُؤْمَنُونَ وينذرون ولا يوفون
ويظهر فيهم السمن. مسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، رقم الحديث 2535.
2 - عن عبد الله قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الناس خير قال قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم
يحيى قوم تبدر شهادة أحدهم يمينه وتبدر يمينه شهادته، مسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، رقم الحديث 2533.
3 - مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، رقم الحديث 1719.

1374 * - في المطبوع ابن عرفة حال الحاضر تبطل الشهادة بترك إعلام الحاضر بها لا بترك رفعها للسلطان قلت إلا أن
يكون ربها من هو وفي يحيى 426 وسيد 25 ومايبي 128 ويم 95 وم 59 وقال ابن عرفة مال الحاضر تبطل الشهادة وفي
المواق ج 6 ص 165 ابن رشد الشهادة بمال الحاضر تبطل بترك إعلامه لا بترك رفعها للسلطان ص 165. ولفظ ابن
عرفة مخطوط جزء الشهادات ص 51 والشهادات خمسة أقسام الأول بمال لحاضر تبطل بترك إعلامه لا بترك رفعها
للسلطان قلت إلا أن يكون ربها من هو.

1375 - في المطبوع ومايبي 128 ويحيى ص 82 ويم ص 74 وم ص 59 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 165.

1376 - في المطبوع قال ابن الحاجب ففي التحمل كالمختفي فتحملها لا يضر كالمختفي على وما بين المعقوفين من ن
الزائد ص 167 ويحيى ص 82 وم ص 59 ويم ص 74. بأن أشار فوّه بعين.

نص خليل وَلَا إِنْ جَرَّ بِهَا نَفْعًا.

متن الخطاب ويحلف ما أقر إلا بما ذكر، وإن كان على غير ذلك لزمه، ولعله يقر خاليا ويأبى من البيينة فهذا يلزمه ما سمع منه قيل فرجل لا يقر إلا خاليا أقعد له بموضع لا يعلم للشهادة عليه. قال لو أعلم أنك تستوعب أمرهما، ولكنني أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله، ولعله يقول له في سر إن جئت بكذا ما الذي لي عليك فيقول [لك¹³⁷⁷] عندي كذا فإن قدرت أن تحيط بسرهم فجائز. انتهى. وقال ابن عرفة عن ابن رشد: شهادة المختفي لا خفاء في ردها، على القول بلغو الشهادة على إقرار المقر دون قوله اشهدوا علي، وإنما اختلفوا فيها، فمنهم من أجاز ذلك فمنعها سحنون مطلقا، ومنهم من كره له الاختفاء لتحملها وقبولها إن شهد بها وهم الأكثر، وهو ظاهر قول عيسى هنا خلاف قول ابن القاسم في تفرقة بين من يخشى أن يخدع لضعفه وجهله وبين من يؤمن ذلك منه، ولو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة لزمته الشهادة عليه، وإنما يصدق فيه مع يمينه إذا قال إنما أقررت لوجه كذا مما يشبه. انتهى. ودل/ المشهور هنا على أنه ليس من شرط صحة الشهادة قول المقر [للشاهد¹³⁷⁸] أشهد علي. ابن عبد السلام: وفي ذلك قولان، وذكر ابن رشد في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الشهادات القولين، وذكر أن القول بجوازها قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وقول أشهب وسحنون وعيسى بن دينار وكافة أصحاب مالك. انتهى. قال الدماميني في حاشية البخاري: فإذا صرح المقر بالإشهاد فالأحسن أن يكتب الشاهد أشهدهني بذلك فشهدت عليه به حتى يخلص الخصم من الخلاف. انتهى. وانظر آخر سماع أبي زيد من كتاب الشهادات. تنبيه: قال ابن عرفة: وجعل المازري ومن تبعه علة رد شهادة المختفي الحرص على التحمل بعيد فتأمله. انتهى.

168

ص: ولا إن جر بها ش: يعني أن شهادة الشاهد إذا كانت تجر له نفعا فلا تجوز وهذا ظاهر. فرع: قال في رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات: وسئل مالك عن رجل شهد على رجل أنه حلف بطلاق امرأته في حق له عليه ليدفعنه إليه فحنث. فقال: ما هو بجائز الشهادة عليه. قال ابن رشد: ليس إسقاط شهادته في هذا ببين، وكان الأظهر أن تجوز شهادته عليه أنه قد حنث؛ لأن وقوع الطلاق عليه لا يدعوه إلى أن يعجل حقه، وإنما يدعوه [إلى ذلك اليمين¹³⁷⁹] بالطلاق ليقضيه إلى أجل مخافة أن يقع عليه الطلاق إن لم يقضه قبل الأجل، [لكنه¹³⁸⁰] لما كان لو شهد عليه بذلك قبل أن يحنث والحق عليه لم يدفعه لم تجز شهادته عليه؛ لاتهامه أن يكون إنما شهد عليه ليعجل له القضاء ولا يحنث لم تجز شهادته عليه إذا شهد عليه أنه قد حنث لاحتمال أن يكون قد ادعى ذلك عليه قبل الحنث فأراد أن يحقق دعواه عليه قبل الحنث لشهادته عليه بعد الحنث وهو ضعيف. انتهى. والله أعلم. ولم يذكر في ذلك خلافا وإنما ذكر ما ذكره على سبيل

الحديث

1377 - في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن ذي ص 167 ويحيى ص 83 و م ص 59 ويم ص 74 وما يابى 128.

1378 - في المطبوع للشهادة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 168 ويحيى 427 وما يابى 128 ويم 96 وم 59.

1379 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 168 و م ص 59 ويم ص 75 وما يابى 129.

1380 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 168 ويحيى ص 83 و م ص 59 ويم ص 75 وما يابى 129.

البحث، وقد نقل في النوادر في كتاب الشهادات في أول الجزء الثاني من الشهادات في ترجمة شهادة الأجير والشريك والمقارض والغريم عن المجموعة في ذلك قولين، ونصه من المجموعة عن ابن القاسم: وإذا غرم الحميل ما تحمل به ثم قدم المطلوب فأنكر الحمالة فشهد الغريم على الحمالة فلا تجوز، وكذلك من حلف لغريمه بالعتق ليقضيه إلى أجل فحنث فقام رفيقه فشهد لهم الطالب بالحنث فلا تجوز شهادته، ورواه أشهب عن مالك فيه وفي العتبية، وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إن شهادته تجوز قبض منه حقه أو لم يقبض إذ لا يجر بها إلى نفسه شيئا، وقاله أصبغ. انتهى. وقال قبل هذا في ترجمة ما يلزم الرجل أن يشهد به مما علمه من الجزء الأول من الشهادات: قال مالك فيمن سمع رجلا حنث في طلاق ولا يشهد عليه [بذلك غيره¹³⁸¹] قال: فليرفعه إلى السلطان، وكذلك لو حنث بذلك في حق الشاهد عليه فليرفعه ذلك حتى يكون السلطان ينظر في أمره، يريد لا تجوز شهادته في حنثه في دينه عليه، وقد ذكرها بعد هذا. انتهى. وقد ذكر ابن بطال في مقنعه بلفظ لا تجوز شهادته في حنثه في دينه، وانظر كلام ابن رشد في شرح المسألة الثامنة من رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق من البيان، وانظر كلام البرزلي في مسائل الأيمان في مسألة من حلف بالحلل عليه حرام لا أشتري منه غلة زيتون أبدا ثم اشتراها بعد سنين، وشهد عليه البائع فإنه قال: الصواب أنه لا يحنث بشهادته؛ لأنه يتهم أنه أراد فسخ صفقته.

فرع: قال في الذخيرة في باب الشهادة عن الموازية: إذا قال حبست على أهل الحاجة من قرابتي حبسا فشهد فيه منهم أهل الغنى، فإن كان الحبس يسيرا بحيث لا ينفع هؤلاء إن احتاجوا قبلت شهادتهم وإلا ردت. انتهى من الباب الثامن في آخر المانع الثالث. والله أعلم. وأصله في النوادر في أوائل الجزء الثاني من كتاب الشهادات في ترجمة الرجل يشهد/ لغيره ولنفسه، نقل عن ابن سحنون أنه قال سمعت بعض أصحابنا سئل عن ذلك فأجاب بما ذكره، وفي رسم الوصايا من سماع أصبغ من كتاب الشهادات نحوه، وقبله ابن رشد ولم يتكلم عليه، بل قال: هذه مسألة صحيحة بينة.

فرع: قال في النوادر في الترجمة المذكورة من النوادر ومن العتبية: روى عيسى عن ابن القاسم فيمن له قبل رجلين حق، وأيهما شاء أخذه بحقه فأقر أنه قبضه من أحدهما والآخر يقول أنا دفعته إليه فشهادة القابض للدافع هاهنا جائزة؛ إذ ليس له عليهما شيء يجر به إلى نفسه شيئا. انتهى. ووقعت مسألة وهي أن رجلا شهد على حاكم بثبوت وقف عنده، والحالة أن الرجل المذكور ليس له الآن استحقاق في الوقف حال أداء الشهادة، وإنما يؤول إليه بمقتضى ما رتبته الواقف فهل تقبل شهادته في ذلك؟ فأجاب بعضهم بأنه إن كان لا يحصل له انتفاع بهذا الشيء الموقوف إذا صار من أهله بأن يكون الوقف يسيرا قبلت شهادته، وإلا ردت قياسا على الفرع المتقدم وهو ظاهر، والمسألة في سماع أصبغ من الشهادات وهي المسألة الثانية، وهي أيضا في النوادر. والله أعلم.

نص خليل

كَعَلَى مَوْرَثِهِ الْمُحْصَنِ بِالزَّانَا أَوْ قَتْلِ الْعَمْدِ إِلَّا الْفَقِيرَ أَوْ يَعْتَقَ مَنْ يُتَّهَمُ فِيهِ وَلَا يَتَّهَمُ.

متن الحطاب

مسألة: إذا شهد الشاهدان على حكم قاض عزل أو مات وقالا كان القاضي حكم بشهادتهما فهل تبطل شهادتهما على الحكم وعلى أصل الشهادة أو تجوز على الحكم أو لا تجوز على الحكم، وتجوز على أصل الشهادة؟ ثلاثة أقوال أظهرها رواية يحيى أن الشهادة على الحكم جائزة، ولا يضرهما ما ذكره. قاله ابن رشد في رسم كراء الدور من سماع يحيى من الشهادات.

مسألة: إذا شهد شاهد بطلاق امرأة من زوجها فأثبت زوجها أنه كان يخطبها فهل تسقط بذلك شهادته ولا يلزم الزوج يمين؟ قولان حكاهما في النوادر.

فائدة: قال القرطبي في شرح مسلم: يجوز قبول أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم من الراوي لها العدل وإن كان جر لنفسه بذلك نفعا أو ولده، أو ساق بذلك مضرة لعدوه كإخباره عن الخوارج. انتهى.

مسألة: من شهد شهادة تؤدي إلى رقه فقال أصبغ في نوازلها أنها لا تجوز، ونصه: وسمعته أي أصبغ سئل عن رجل أعتق عبيدين له فشهدا بعد عتقهما أن الذي أعتقهما غصبهما من رجل مع مائة دينار أن شهادتهما تجوز في المائة ولا تجوز في غصبه رقابهما؛ لأنهما يتهمان أن يريد إرقاق أنفسهما، ولا يجوز لحر أن يرق نفسه.

قال ابن رشد: ولسحنون في كتاب ابنه لا تجوز شهادتهما ولا في المائة، وهو الأظهر لأن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة ردت كلها، بخلاف إذا رد بعضها للسنة، والمشهور إذا رد بعض الشهادة للتهمة أن ترد كلها، وقيل إنه يرد ما لا تهمة فيه، وهو قول أصبغ هذا، والمشهور إذا رد بعض الشهادة للسنة كشهادة رجل واحد أو امرأتين في وصية فيها عتق ومال أن يجوز منها ما أجازته السنة، وهو الشهادة بالمال، فيثبت بالشاهد مع اليمين أو بشهادة المرأتين مع يمين، وقيل يبطل الجميع، لأنه لما رد بعضها وجب ردها كلها، وذلك قائم من المدونة، وحكاه البرقي عن أشهب وجميع جلسائه. انتهى مختصرا. وذكر هذه المسألة في نوازل أصبغ في ثلاثة مواضع، وفي مسائل الأقضية من البرزلي من ذلك مسائل، وذكر في نوازل أصبغ أيضا مسألة من شهد شهادة تؤدي إلى حده أنه تسقط شهادته ويحدكما إذا شهد شاهدان أن رجلا طلق امرأته ألبتة، وأنهما رأياه بعد ذلك يزني بها كالمرود في المكحلة، وقال ابن الماجشون: الحد ساقط عنهما لسقوط شهادتهما في الطلاق، وقال سحنون: الشهادة ساقطة ولا حد عليهما.

قال ابن رشد: وقيل يلزمه الطلاق ويحدان، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وقول أصبغ في إيجاب الحد على الشاهدين وإن سقطت شهادتهما في الطلاق أظهر من قول ابن الماجشون وسحنون. انتهى. وانظر توجيه الأقوال فيه. والله أعلم. /

170

ص: كعلى مورثه المحصن بالزنا ش: قال ابن رشد في أول سماع سحنون من كتاب الشهادات: وإذا سقطت شهادتهم بأي وجه سقطت وجب الحد عليهم، وقد قال سحنون: إذا سقطت شهادتهم بالظنة، ولا فرق بين أن تسقط بالظنة أو بالجرحة. انتهى.

ص: أو بدين لمدينه ش: يعني أن شهادة رب الدين للمدين بدين له على شخص آخر لا تجوز لأنه يتهم أن يكون شهد له بذلك ليقضيه منه.

نص خليل أو بدينٍ لمدِينِهِ بِخِلَافِ الْمُتَنَفِقِ لِلْمُتَنَفِقِ عَلَيْهِ وَشَهَادَةِ كُلِّ لِلْآخِرِ وَإِنْ بِالْمَجْلِسِ وَالْقَافِلَةِ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ فِي حِرَابَةٍ لَا الْمَجْلُوبِينَ إِلَّا كَعَشْرِينَ.

متن الخطاب تنبيهات: الأول: قيد رحمه الله المسألة بكون رب الدين شهد للمديان بدين، ولا خصوصية للدين، وفرضها في التوضيح فيما إذا شهد له بمال، ويدخل فيه ما إذا شهد له بقضاء دين عليه؛ فإنها شهادة بمال، وهو ظاهر الرواية كما سيأتي.

الثاني: أطلق رحمه الله في رد شهادته، ولم يفرق بين أن يكون المديان ملياً أو معسراً، وتبع في ذلك ابن الحاجب، وعلى ذلك اقتصر ابن فرحون في تبصرته، وذكر في التوضيح في ذلك ثلاثة أقوال: الأول رد شهادته مطلقاً، وهو مذهب ابن القاسم. الثاني إجازتها له وإن كان معدماً، وعزاه لأشهب. الثالث التفرقة بين أن يكون المديان معدماً فتمنع الشهادة، وبين أن يكون مليئاً فتجوز، وتبع المصنف في حكاية هذه الأقوال ابن عبد السلام، وتبعهما صاحب الشامل فقال: ولو شهد رب دين لمديانه بطلت على الأصح، وثالثها إن كان معسراً. انتهى. ونقل في البيان القول بجواز شهادته له مطلقاً عن مالك من رواية ابن القاسم، وذكر عن ابن القاسم أنه بلغه عن مالك القول بالتفرقة بين الملىء والمعدم، وجعله ابن رشد تفسيرا فقال في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: قال مالك: شهادة الرجل لرجل وللشاهد على المشهود له حق جائزة. ابن القاسم: بلغني عنه إن كان المشهود له موسراً قبلت، وإلا لم تقبل؛ لأنه إنما شهد لنفسه.

قال ابن رشد: ما بلغ ابن القاسم من تفرقة مالك بين كون المشهود له ملياً أو معدماً مفسر لما سمعه منه مجملًا، وهذا إن كان الدين حالاً، أو قرب الحلول، وإن بعد جازت شهادته كما لو كان ملياً وشهادته له فيما عدا الأموال جائزة. قاله بعض أهل النظر وهو صحيح. انتهى باختصار ابن عرفة. وعلى كلام ابن رشد هذا اقتصر ابن عرفة، ولم يحك فيه خلافاً فتأمله. فإنه مخالف لما نقله المصنف في التوضيح عن ابن القاسم من رد شهادته مطلقاً، وأيضاً فقد نقل ابن عبد السلام والمصنف القول بالتفرقة عن بعضهم، وجعلوه خلافاً، ونقله في البيان عن مالك من رواية ابن القاسم/ وجعله تفسيرا، وهذا هو الظاهر من المذهب، ولذلك اعتمده ابن عرفة فاقتصر عليه، وكذلك القرافي في الذخيرة.

الثالث: أطلق المصنف في رد الشهادة، وتقدم في كلام ابن رشد تقييد المسألة بحلول الدين أو قرب حلوله. والله أعلم.

ص: بخلاف المنفق للمنفق عليه ش: تصوره ظاهر، وأما عكسه وهو شهادة المنفق عليه للمنفق فإنها لا تجوز له كما [نقله¹³⁸²] الشارح عن المدونة، ونقل في المسائل الملقوطة أنها جائزة إذا كان مبرزاً في العدالة، ونصه: فيما يشترط فيه التبريز شهادة الصانع لمن يكثر استعمالهم للتهمة في جر أعمالهم لهم وتوقيفها عليهم، وزاد أيضاً الشهادة للصانع إذا كان مثله يرغب في عمله ولا عوض منه، وزاد أيضاً المنفق عليه للمنفق. انتهى من المتيطية ومعين الحكام وابن راشد. اهـ كلامه. ولعل صوابه./ المنفق للمنفق عليه؛ أعني الصورة الأولى التي في كلام المصنف، وإلا فهو مشكل. والله أعلم

نص خليل
وَلَا مَنْ شَهِدَ لَهُ بِكَثِيرٍ وَلِغَيْرِهِ بِوَصِيَّةٍ وَإِلَّا قَبْلَ لَهْمَا وَلَا إِنْ دَفَعَ كَشَهَادَةٍ بَعْضِ الْعَاقِلَةِ يَفْسُقُ شُهُودُ الْقَتْلِ أَوْ الْمُدَانِ
الْمُعْسِرِ لِرَبِّهِ وَلَا مُنْتَفِعٍ عَلَى مُسْتَفْتِيهِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُنَوَّى فِيهِ وَإِلَّا رَفَعَ وَلَا إِنْ شَهِدَ بِاسْتِحْقَاقٍ وَقَالَ أَنَا بَعْتُهُ لَهُ وَلَا
إِنْ حَدَّثَ فِسْقٌ بَعْدَ الْأَدَاءِ بِخِلَافِ تَهْمَةٍ جَرَّ وَدَفَعَ وَعَدَاوَةٍ وَلَا عَالِمٍ عَلَى مِثْلِهِ.

متن الخطاب
ص: وَلَا مَنْ شَهِدَ لَهُ بِكَثِيرٍ وَلِغَيْرِهِ بِوَصِيَّةٍ وَإِلَّا قَبْلَ لَهْمَا ش: تصوره ظاهر.
مسألة: وأما شهادة الوصي على الميت أوله فقال في كتاب الشهادات من المدونة: وتجاوز شهادة
الوصيين أو الوارثين بدين على الميت. ابن يونس: مع يمين الطالب أنه ما قبض منه شيئا ولا سقط
عنه بوجه ما. اهـ. ثم قال في المدونة: ولا تجاوز شهادة الوصي بدين للميت إلا أن يكون الورثة
كبارا، وهم بحال الرشد يلون أنفسهم ولا يتهم على قبض لهم فتجاوز. انتهى. وفي المقرب: وشهادة
الوصي على الميت جائزة، وإن شهد بدين للميت على أحد لم تجز شهادته لأنه يجر إلى نفسه، إلا
أن تكون الورثة كلهم كبارا مرضيين، ولا يجر بشهادته إلى نفسه شيئا فشهادته جائزة، وقال مالك
وإن شهد أوصياء ميت أن الميت أوصى لفلان جازت شهادتهم، وقال غيره وهذا إذا ادعى ذلك فلان
ولم يكن لهما فيما شهدا به شيء يجرانه إلى أنفسهما، وكذلك شهادة الوارثين في مثل هذا، إذا شهدا
أن الميت أوصى لفلان فشهادتهما في ذلك جائزة، إذا لم يجرأ بها شيئا إلى أنفسهما. اهـ من كتاب
الشهادات.

ص: وَلَا إِنْ شَهِدَ بِاسْتِحْقَاقٍ وَقَالَ أَنَا بَعْتُهُ لَهُ ش: قال في النوادر في أوائل الجزء الثاني من كتاب
الشهادات في آخر ترجمة الرجل يشهد لغيره ولنفسه ما نصه: سئلت عن شهد لرجل استحق ثوبا
أنه له بعتة أنا منه؟ فأجبت بأنه لا تجاوز شهادته؛ لأن من شهد له بشيء أنه ملكه بشرائه إياه من
فلان فلا تتم فيه الشهادة حتى يقولوا إن فلانا البائع علمنا أنه يملكه، أو يحوزه حيازة المالك حتى
باعه من هذا فهذا الشاهد البائع لم يثبت ملكه للثوب إلا بقوله. انتهى.

173

فرع: قال في الترجمة المذكورة: ومن كتاب ابن سحنون عن أبيه وإن شهد رجل لرجل في سهم في شرب عين
أو نهر أو [حق في أرض¹³⁸³] وكان أصل ذلك [كله¹³⁸⁴] بينه وبينه فقاسمه، ثم شهد له الآن بملكه لذلك
الذي صار له في القسمة من أصل عين أو أرض قال: شهادته له فيه جائزة. اهـ.

فرع: قال في الطرر في ترجمة استئجار راع لغنم بأعيانها في الراعي: إذا ادعى أن بعض الغنم التي
يرعاها له أو لشخص، أنه لا يصدق فيما يدعيه لنفسه، إلا أن يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف
معه. قال: وأما إن أقر بشيء منها لغير الذي استأجره فهو شاهد له تقبل شهادته إن كان عدلا،
وسواء كان يأوي الراعي إلى داره أو إلى دار الذي استأجره. انتهى آخره باللفظ. وتقدم بعضه عند
قول المصنف في باب الإجارة: "وهو أمين".

ص: وَلَا عَالِمٍ عَلَى مِثْلِهِ ش: قال ابن عرفة: فرع: قال في الطرر في ترجمة تقييد عداوة:

الحديث

¹³⁸³ - في المطبوع حوائض وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في النوادر ج 8 ص 330

وفي ن عود ص 173 حوائض وفي النسخ اليدوية أو حق أرض.

¹³⁸⁴ - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 86 وما بين المعقوفين من ن عود ص 173 و م ص 61 ويم ص 76 ومبايى 132.

وَلَا إِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمَالِ أَوْ أَكَلَ عِنْدَهُمْ بِخِلَافِ الْخُلَفَاءِ.

متن الخطاب

174

[قال¹³⁸⁵] بعض أهل الشورى إن شهادة أهل المذهب جائزة على جميع المسلمين؛ يريد أصحاب أبي حنيفة والشافعي وغيرهما، وقال في الاستغناء إن هذا إجماع./

ص: ولا إن أخذ من العمال أو أكل عندهم بخلاف الخلفاء ش: قال في آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات في مسألة طويلة: سئل عنها سحنون وقد يكون الرجل يقبل صلة السلطان ويأكل طعامه وسلطين هذا الزمان من قد علمت، أتراه بذلك مجرحا ساقط الشهادة؟ فإن قلت إن ذلك جرحه في شهادته فقد قبل جوائز السلطان من قد علمت من أئمة الهدى والعلم، وقد أخذ ابن عمر جوائز الحجاج والحجاج من قد علمت، وأخذ ابن شهاب جوائز عبد الملك بن مروان وغيره من الخلفاء، وأخذ مالك جوائز أبي جعفر، فإن قلت إنهم يأخذون ذلك على وجه الخوف فإن منهم من يأمن السلطان بترك الأخذ منه فلم [نر¹³⁸⁶] إلا خيرا.

وقد ذكر أن أبا جعفر أمر لمالك بثلاث صرر دنائير فاتبعه الرسول بها، فسقطت منه صرة في الزحام، فلما أتاه بالصرتين سأله عن الثالثة فأنكر أن يكون أخذ غير الصرتين، فألزمه مالك بالثالثة، وألح عليه فيها حتى أتى بها بعض من وجدها فدفعتها إليه، فمالك لم يفعل هذا إلا متطوعا، فإن رأيت طرح شهادة من أخذ من السلطان فجميع القضاة منه يرزقون وإياه يأكلون، فقال سحنون: من قبل جوائز السلطان ساقط الشهادة عندنا، وأما الأكل فمن كان ذلك منه الزلة والقلته فغير مردود الشهادة، وأما المدمن الأكل فساقط الشهادة، وأما احتجاجك بقبول ابن شهاب ومالك لجوائز السلطان فقد قست بغير قياس، واحتججت بما لا يحتج به، من قبل أن قبول مالك لها من عند من تجري على يده الدواوين وهو أمير المؤمنين، وجوائز الخلفاء جائزة لا شك فيها على ما شرط مالك لإجماع الخلق على قبول العطاء من الخلفاء ممن يرضى به وممن لا يرضى به، ولم نعلم أحدا من أهل العلم أنكر أخذ العطاء من زمن معاوية إلى اليوم، وأما قولك في القضاة فإنما هم أجراء المسلمين آجروا أنفسهم فلهم أجرهم من بيت مال المسلمين.

175

وأما ما ذكرت عن ابن عمر فقد سمعت علي بن زياد ينكر/ ذلك على ابن عمر ويدفعه. قال ابن رشد: قول سحنون إن قبول الجوائز من العمال المضروب على أيديهم جرحه تسقط الشهادة والعدالة صحيح، ومعناه عندي إذا قبضوا ذلك من العمال على الجبائية؛ لأنهم إنما جعل إليهم قبض الأموال وتحصيلها دون وضعها في وجوهها ومواضعها، وأما الأمراء الذين فوض إليهم الخليفة أو خليفة الخليفة قبض الأموال وجبايتها وتصريفها باجتهادهم كالحجاج وشبهه من الأمراء على البلاد المفوض جميع الأمور فيها إليهم فقبض الجوائز منهم كقبضها من الخلفاء، فإن صح أخذ ابن عمر جوائز الحجاج فهذا وجهه، ثم تكلم على حكم أخذ [القضاة¹³⁸⁷] والحكام الارتزاق من العمال الذين فوض إليهم النظر في ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك، وأجاز لهم أخذ ذلك منهم، ثم تكلم على حكم ما إذا كان المجبى حلالا أو حراما أو مشوبا بحلال وحرام، وأطال في ذلك فراجع إن أردته. والله أعلم.

1385 - في المطبوع مال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 173 ويحيى ص 86 و م ص 61 ويم ص 76 وما يابى 132.

1386 * - في يم 97 وما يابى 132 فلم ير إلا خيرا.

1387 - في المطبوع القضاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 175 ويحيى ص 86 و م ص 61 ويم 97 وما يابى 133.

نص خليل

وَلَا إِنْ تَعَصَّبَ كَالرَّشْوَةِ وَتَلْقَيْنِ حَصْمٍ وَلَعَبٍ نَيْرُوزٍ وَمَطْلٍ وَحَلْفٍ بِطَلَقٍ وَعَتَقٍ.

مقن الخطاب

ص: ولا إن تعصب ش: قال ابن فرحون: من موانع الشهادة العصبية وهو أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بني فلان أو من قبيلة كذا. انتهى.

ص: وتلقين خصم ش: قال ابن فرحون: ومن الموانع تلقين الخصم الخصومة فقيها كان أو غيره. انتهى. وقال في المسائل الملقطة: لا تجوز شهادته فقيها كان أو غيره، ويضرب ويشهر في المجالس ويعرف به [ويسجل¹³⁸⁸] عليه، وقد فعله بعض القضاة بقرطبة بكثير من الفقهاء بمشورة أهل العلم. انتهى.

ص: ومطل ش: قال في التوضيح في باب الحوالة: فرع: وإذا مطل الغني ردت شهادته عند سحنون؛ لأنه ظالم لا عند محمد بن عبد الحكم. خليل: والظاهر أن من علم من صاحب [الدين الاستحياء¹³⁸⁹] في المطالبة أن ذلك كالمطل. والله أعلم. انتهى. وزاد أبو الحسن في القول الثاني ما لم تكن عادته. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: البخيل الذي ذمه الله ورسوله هو الذي لا يؤدي زكاة ماله، فمن أدى زكاة ماله فليس ببخيل ولا ترد شهادته، وقال بعض أصحابنا شهادة البخيل مردودة وإن كان مرضي الحال يؤدي زكاة ماله. انتهى. وقال ابن فرحون: قال ابن القاسم وقد اختلف في شهادة البخيل وإن كان يؤدي زكاته قال المازري: البخل منع الحقوق الواجبة، وأما منع ما لا يجب فالقدح به في الشهادة مفتقر إلى تفصيل يعرفه من يعرف الاستدلال بحركات الناس وطبائعهم وسيرهم في دينهم وصدقهم. انتهى.

ص: وحلف بطلاق وعتق ش: ظاهره أن مجرد الحلف بهما ولو مرة يكون جرحه، والذي ذكره في مختصر الواضحة في أوائل كتاب الأيمان أنه جرحه في حق من اعتاد الحلف بذلك [فيتعين أن يقيد ذلك بمن اعتاد الحلف بذلك¹³⁹⁰] كما ذكره في الواضحة، وكما وقع ذلك في كلام صاحب النوادر وللخمي وابن رشد والمتيطي وغيرهم ناقلين له عن مطرف وابن الماجشون، وكلهم/ قبلوه، وقد نقلت كلامهم في الحاشية على رسالة ابن أبي زيد عند قول صاحب الرسالة ويؤدب من حلف بطلاق أو عتاق، وقال ابن فرحون: من الموانع اعتياد الحلف بالطلاق والعتاق. انتهى. فالجرحه إنما تكون لمن اعتاد ذلك. والله أعلم.

تنبيه: ذكر الشارح هنا حديث: {الطلاق والعتاق من أيمان الفساق¹} وذكره الفاكهاني في شرح الرسالة عن ابن حبيب، وقال السخاوي في المقاصد الحسنة: لم أقف عليه، ولم يذكر ابن فرحون الحديث، ولم يذكره ابن حبيب في الواضحة في كتاب الأيمان.

176

1 - أخرجه صاحب كشف الخفاء ومزيل الإلباس بلفظ الطلاق يمين الفساق، رقم الحديث 1660، مؤسسة الرسالة 1997.

الحديث

¹³⁸⁸ - في المطبوع ويحيى ص 86 وسجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 175 و م ص 61 ويم ص 76 وما يابى 133.

¹³⁸⁹ - في المطبوع الدين والاستحياء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 175 ويحيى ص 87 و م ص 61 ويم ص 77 وما يابى 133.

¹³⁹⁰ - ساقط من المطبوع ويم ص 77 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 175 ويحيى ص 87 وما يابى 133.

نص خليل

وَبِمَجِي مَجْلِسِ الْقَاضِي ثَلَاثًا وَتَجَارَةً لَأَرْضٍ حَرْبٍ وَسُكْنَى مَغْصُوبَةٍ أَوْ مَعَ وَلَدٍ شَرِيبٍ وَيَوْطَةٍ مَنْ لَا تُوطَأُ وَبِالْفَاتَةِ فِي الصَّلَاةِ وَبِاقْتِرَاضِهِ حِجَارَةً مِنَ الْمَسْجِدِ وَعَدَمِ إِحْكَامِ الْوُضُوءِ وَالْغُسْلِ وَالزَّكَاةِ لِمَنْ لَزِمَتْهُ وَبَيْعِ نَرْدٍ وَطُبُورٍ وَاسْتِحْلَافِ أَبِيهِ وَقُدْحٍ فِي الْمُتَوَسِّطِ بِكُلِّ وَفِي الْمُبَرِّزِ بَعْدَاوَةَ وَقَرَابَةَ وَإِنْ بَدُونَهُ كَغَيْرِهِمَا عَلَى الْمُخْتَارِ وَزَوَالِ الْعِدَاوَةِ وَالْفُسْقِ بِمَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ بِلَا حَدٍّ وَمَنْ اِمْتَنَعَتْ لَهُ لَمْ يُزَكَّ شَاهِدُهُ وَيُجَرِّحُ شَاهِدًا عَلَيْهِ وَمَنْ اِمْتَنَعَتْ عَلَيْهِ فَالْعَكْسُ إِلَّا الصَّبِيَّانَ لَا نِسَاءً فِي كَعْرَسٍ فِي جَرْحٍ أَوْ قَتْلٍ وَالشَّاهِدُ حُرٌّ مُمَيَّزٌ ذَكَرَ تَعَدَّدَ لَيْسَ بَعْدُوً وَلَا قَرِيبٌ وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ وَفُرْقَةً إِلَّا أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهِمْ قَبْلَهَا وَلَمْ يَحْضُرْ كَبِيرٌ أَوْ يُشْهَدَ عَلَيْهِ أَوْ لَهُ وَلَا يَقْدَحُ رُجُوعُهُمْ وَلَا تَجْرِيحُهُمْ.

ص: وبمجيء مجلس القاضي ثلاثاً بلا عذر ش: لم يبين البساطي ولا الشارح في الوسط معنى قوله: "ثلاثاً" هل ثلاث مرات في اليوم، أو ثلاثة أيام متواليات؟ وقال الشارح في الشرح الصغير: ثلاث مرات في اليوم، وربما فهم منه أن مجيئه ثلاثة أيام متواليات لا يقدح مع أنه قاذح، فينبغي أن يفسر به كلام المؤلف ليدخل الأول من باب أخرى. قال ابن فرحون: ومن الموانع إتيان مجلس القاضي ثلاثة أيام متواليات من غير حاجة؛ لأن في ذلك إظهار منزلته عند القاضي، ويجعل ذلك مأكلة للناس، وينبغي للقاضي أن يمنعه من ذلك. انتهى. وقال في العارضة في كتاب الزكاة في كون الصحابة جلوساً حول النبي صلى الله عليه وسلم ما نصه: هذا يدل على جواز الجلوس للناس حول القاضي يسمعون قضاءه ويتعلمون أعماله، وقال الفقهاء لا يجلس حوله وذلك¹³⁹¹ منقسم، أما من كان قصده التعلم ويظن ذلك فليقرب، ومن كانت إرادته الدنيا ليس العلم فليبعد، ومن كان قصده التعلم ويطوي في ذلك نيل معاش حلال فيمكن، وذلك بحسب ما يظهر للعالم القاضي من شمائل أو فراسة. انتهى.

ص: وسكنى مغصوبة ش: قال ابن فرحون: من الموانع أن يسكن في دار يعلم أن أصلها [مغصوبة]¹³⁹². انتهى. وقال ابنه ومن ذلك معاملة أهل الغصوب والسلف منهم، وقال بعده ومنه الطحن في الرحا المغصوبة إذا علم ذلك. انتهى.

ص: والشاهد حر ش: يريد محكوماً بإسلامه كما قاله في الشامل وغيره.
ص: ولم يحضر كبير ش: أطلق رحمه الله في الكبير، فظاهره سواء كان الكبير ممن تجوز شهادته أو ممن لا تجوز شهادته، فيفهم منه أن علة عدم قبول شهادة الصبيان مع حضور الكبير إنما هو لأجل خوف التخبيب، وذلك أنه إذا حضر بينهم كبير تجوز شهادته فشهادتهم ساقطة على المشهور خلافاً لسحنون. قال ابن الحاجب: ولا تقبل شهادتهم مع حضور كبير رجل أو امرأة. قال في التوضيح: لم يخالف في ذلك إلا سحنون في أحد قوليه. انتهى. واختلف في علة سقوط شهادتهم هل هو خوف التخبيب، أو للاستغناء بشهادة الكبير؟ ثم قال ابن الحاجب: فإن كان فاسقاً أو عبداً أو

الحديث

¹³⁹¹ * - في العارضة ج2 ص73 لا يجلس حوله أحد وذلك.

¹³⁹² * - في مايبأى 134 يعلم أن أصلها مغصوب.

178 كافرا فقولان. قال في التوضيح: أي الكبير الحاضر إن كان ممن/ لا تجوز شهادته كالكافر والفاسق والعبد فقال مطرف وابن الماجشون وأصبع لا يضر حضورهم بشهادة الصبيان. المازري: ولا خلاف منصوص فيه عندنا، وقاله سحنون في كتاب ابنه ثم توقف، فالقول بعدم الإجازة على هذا ليس بمنصوص، إلا أنه لازم على التعليل بالتخبيب بل التخبيب في حق هؤلاء أشد، والأول مبني على التعليل بارتفاع الضرورة بشهادة الكبير. انتهى. وتبعه على هذا في الشامل فقال ولا يضر رجوعهم بخلاف دخول كبير بينهم، خلافا لسحنون، إلا إن كان كافرا أو عبدا أو فاسقا على المنصوص. انتهى. فتبع صاحب الشامل المازري في أن القول بسقوط شهادتهم غير منصوص، وجعل الرجاعي القول الثاني منصوصا، ونصه: إذا حضر كبير فإن كان شاهدا عدلا فلا خلاف أن شهادة الصبيان ساقطة لوجود الكبير العدل، وإن كان ليس بعدل فالمذهب على قولين أحدهما أن شهادتهم جائزة، وهو قول ابن الماجشون وأصبع، وروى ابن سحنون عن أبيه مثله، والثاني أن شهادتهم لا تجوز لحضور الكبير وإن كان ليس بعدل، وهو قول ابن سحنون في كتاب أبيه، وإن كان مشهودا عليه فلا تجوز شهادتهم عليه باتفاق، وكذا شهادتهم في الجراح أو في النفس إن كان عاش حتى يعرف ما هو فيه، وإن مات من ساعته جازت شهادتهم له. انتهى.

وصرح ابن يونس بالقول الثاني، ونصه بعد أن حكى قول مطرف وابن الماجشون وأصبع: وهذا خلاف ما في كتاب ابن المواز لأنه قال فيه إنما يتقى من الكبير أن يعلمهم أو يخببهم، فلا تراعى في ذلك الجرح. انتهى. ونقله أبو الحسن، وزاد فقال: حاصله قولان، فنظر مطرف ومن معه للضرورة، وإذا كان الكبير غير عدل لم ترتفع الضرورة، وانظر ابن المواز للتخبيب والتعليم وهو من غير العدل أكثر. انتهى.

تنبيه: قال في المدونة: وتجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجرح ما لم يفترقوا أو يخببوا. قال الرجاعي: والتخبيب تعليم الخبث، وهو أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنهم الكذب ويصدونهم عما يحصل عندهم من يقين، أو يزينوا لهم الزيادة فيها والنقصان منها، فإذا كان ذلك لم تقبل وبطلت. انتهى. وقال ابن عرفة: شرط ابن الحاجب في شهادتهم كونها قبل تفرقهم. ابن عبد السلام: هذا مراد الفقهاء بقولهم ما لم يخببوا، فإن افتراقهم مظنة مخالطتهم من يلقنهم ما يبطل شهادتهم.

قلت: مقتضى قولها: تجوز شهادة الصبيان ما لم يفترقوا أو يخببوا مع اختصارها. أبو سعيد: كذلك أنهما غير مترادفين، وكذا لفظ اللخمي قبل تفرقهم وتخبيبهم. ثم قال الباجي: التخبيب أن يدخل بينهم كبير على وجه يمكنه أن يلقنهم. انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: أو يدخل بينهم كبير. قال أبو عمران: هذا تفسير لقول مالك أو يخببوا، ومنهم من قال قوله أو يدخل بينهم كبير بعد المعركة وقبل الافتراق، وكان يتلقى منهم الشهادة، فقال إنما هذا إذا دخل بينهم الكبير على وجه التخبيب وأما إذا كان على جهة سماع الشهادة فيجوز، ويعرف ذلك بالقرائن مثل أن يكون هذا الداخل عدلا لا يتهم والفاسق يتهم. انتهى. وقال اللخمي: واختلف إذا خالطهم رجل هل تسقط

نص خليل

وَلَلزَّانَا وَاللَّوَاطِ أَرْبَعَةٌ بِوَقْتٍ وَرُؤْيَا اتَّحَدَا وَفُرُقُوا فَقَطَّ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا وَلِكُلِّ النَّظَرِ لِلْعَوْرَةِ.

متن الخطاب الشهادة لإمكان أن يكون خبيهم ووقف الشهادة أولى، وإن كان عدلا وقال لا أدري [من رماه¹³⁹³] ثبتت شهادة الصبيان. انتهى. إذا علم ذلك فالفرع الذي أشار إليه المصنف بقوله: "ولم يحضر كبير" وأشار إليه ابن الحاجب غير الذي أشار إليه صاحب الرسالة بقوله: "ولم يدخل بينهم كبير" لأن المصنف أراد الحضور وقت الجراح أو القتل، وكلام الشيخ ابن أبي زيد فيما إذا حضر بعد ذلك، والظاهر أنه حينئذ ينظر، فإن كان يمكن منه التخييب سقطت شهادتهم، وإن كان عدلا لم تسقط كما يفهم ذلك من كلام اللخمي أيضا. والله أعلم.

179

ص: وللزنا واللواط أربعة ش: أي على فعل الزنا واللواط، وأما على الإقرار به فلا يحتاج إلى الشهادة به على القول الذي مشى عليه المؤلف أن المقر بالزنا يقبل رجوعه عن الإقرار ولو لم يأت بشبهة، وهو قول ابن القاسم؛ لأن إنكاره كتكذيب نفسه. قاله في التوضيح في باب الشهادات وفي باب الزنا. والله أعلم.

ص: بوقت ورؤية اتحدا ش: يعني بالوقت المتحد أن يأتوا بشهادتهم في وقت واحد. قاله المؤلف في قول ابن الحاجب: مجتمعين غير مفترقين، وما ذكره من اشتراط اتحاد الرؤية هو المشهور أنه لا تلفق الشهادة في الأفعال. قاله في التوضيح.

تنبيه: قال ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم في الشهادة على الشهادة في الزنا لا تجوز حتى يشهد أربعة على أربعة في موضع واحد ويوم واحد وساعة واحدة في موقف واحد على صفة واحدة. ابن رشد: ليس من شرطها تسمية الموضع ولا اليوم ولا الساعة، إنما شرطها عند ابن القاسم أن لا يختلف الأربعة في ذلك، فإن قالوا رأيناه معا يزني بفلانة غائبا فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة تمت شهادتهم، وإن قالوا لا نذكر اليوم ولا نحد الموضع، وإن قالوا في موضع كذا ويوم كذا أو ساعة كذا من يوم كذا كان أتم، وإن اختلفوا في الموضع أو الأيام فقال بعضهم كان ذلك في موضع كذا، وقال بعضهم بل كان في موضع كذا، أو قال بعضهم بل كان في يوم كذا، وقال بعضهم بل كان في يوم كذا بطلت شهادتهم عند ابن القاسم، وجازت عند ابن الماجشون؛ لأنهم اختلفوا فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم، ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه. انتهى. ومنه في الموازية: إن قال أحدهم زنى بها منكبة، وقال بعضهم مستقلة بطلت الشهادة وحدوا للكدف. انتهى. ومنه أيضا: وسمع عيسى إن شهد أربعة بزنا رجل بامرأة شهد اثنان بأنها طاعته، واثنان بأنه اغتصبها حد الأربعة.

ص: ولكل النظر للعورة ش: ذكر ابن عرفة نص المدونة في هذه المسألة، وذكر معارضتها بمسألة عدم إجازة النظر للفرج في اختلاف الزوجين في العيب، وذكر جواب ابن عبد السلام ورده، ثم ذكر ثلاثة أجوبة، ثم قال في آخر كلامه: قلت: وهذا كله إن عجز الشهود عن منع الفاعلين من إتمام ما قصده أو ابتدأه من الفعل، ولو قدرا على ذلك بفعل أو قول فلم يفعلوا بطلت شهادتهم؛ لعصيانهم بعدم تغيير هذا المنكر، إلا أن يكون فعلهما بحيث لا يمنعه التغيير لسرعهما. انتهى. ونقله ابن غازي ولم يتعقبه، وهو بباديء الرأي ظاهر، ولكن ابن رشد في البيان في ثالث مسألة من سماع أصبغ بن الفرج من

الحديث

وَتُدَبَّ سُّؤَالُهُمْ كَالسَّرِقَةِ مَا هِيَ وَكَيْفَ أَخَذَتْ.

متن الخطاب

180

كتاب الحدود في السرقة بخلافه، ونصه: مسألة قال ابن القاسم في الرجل يرى السارق يسرق متاعه فيأتي بشاهدين لينظرا/ إليه ويشهدا عليه بسرقة، فينظران إليه ورب المتاع معهم. قال: لو أراد أن يمنع منه قال ليس عليه قطع، ونحن نقول إنه قول مالك. قال أصبغ: أرى عليه القطع. قال محمد بن رشد: قول أصبغ أظهر؛ لأنه أخذ المتاع مستترا به لا يعلم أن أحدا يراه، لا رب المتاع ولا غيره كمن زنى والشهود ينظرون إليه، ولو شاؤا أن يمنعوه منعه، وهو لا يعلم أن الحد عليه واجب بشهادتهم، ووجه قول ابن القاسم وما حكاه أنه من قول مالك هو أنه رآه من ناحية المختلس لما أخذ المتاع من صاحبه وهو ينظر إليه، وليس بمنزلة المختلس على الحقيقة؛ إذ لم يعلم هو بنظر صاحب المتاع إليه. انتهى بلفظه. فتأمل.

ص: وندب سؤالهم كالسرقة ما هي وكيف أخذت ش: قال في أول كتاب السرقة من المدونة: وينبغي للإمام إذا شهدت بينة عنده على رجل أنه سرق ما يقطع في مثله أن يسألهم عن السرقة ما هي وكيف أخذت ومن أين أخذها وإلى أين أخرجها؟ كما يكشفهم عن الشهادة على رجل بالزنا، فإن كان في ذلك ما يدرأ به الحد درأه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله ما هي هذا سؤال عن جنسها؛ لأن السؤال بما إنما يكون عن الحقيقة والماهية، وقوله كيف هي أي كيف صفة أخذها، وقوله من أين أخذها هل من حرز أم لا؟ وإلى أين أخرجها هل أخرجها من الحرز أو أخذ قبل أن يخرجها؟ ثم قال: وقوله ينبغي معناه والله أعلم يجب؛ لأنه قد يكون في شهادتهم ما يسقط الحد فيؤدي ذلك إلى أن يقطع عضوا شريفا؛ لقوله عليه السلام: {ادروا الحدود بالشبهات¹} انتهى. وقال في أول كتاب الزنا من المدونة: وينبغي إذا شهدت بينة عنده على رجل بالزنا أن يكشفهم عن شهادتهم وكيف رأوه وكيف صنع؟ فإن رأى في شهادتهم ما تبطل به الشهادة أبطلها. انتهى. قال أبو الحسن: انظر قوله ينبغي هل معناه يجب، أو هو على بابه، الأقرب الوجوب كما قال في السرقة، أو يفرق بين البابين، وأن السرقة اختلفت في نصابها اختلافا كثيرا، وفي الزنا لم يختلف إلا أن يقال في الزنا أيضا [تشديد¹³⁹⁴] لأنه قيل زنا العين النظر واليدان تزنيان إلى غير ذلك، فيجب الكشف عن هذا لئلا يظن الشاهد أن ذلك زنا. انتهى. فحاصل كلامه في الموضعين أنه يميل إلى أن ينبغي للوجوب، وهو الظاهر فتأمل.

تفريع: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وينبغي للحاكم أن يسألهم في السرقة إلى آخره قال ابن المواز: فإن غابوا قبل أن يسألهم غيبة بعيدة أو ماتوا أنفذت الشهادة وأقيم الحد. قال: وإن كان الشهود أكثر من أربعة فغاب منهم أربعة بعد أن شهدوا لم يسأل من حضر وثبت الحد؛ لأن من حضر لو رجعوا عن شهادتهم لثبت الحد بمن غاب، ورأى بعض الشيوخ أن غيبة أربعة لا يمنع سؤال من حضر لاحتمال أن يذكر الحاضرون ما يوجب التوقيف عن شهادة الغائبين والحاضرين جميعا، وقيد اللخمي قول محمد إذا غابوا بما إذا كانوا من أهل العلم بما يوجب الحد. انتهى.

1 - عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله، السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، ج 8 ص 238.

نص خليل
وَلَمَّا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا آثِلٌ لَهُ كَعَتَقٍ وَرَجْعَةٍ وَكِتَابَةٍ عَدْلَانِ وَإِلَّا فَعَدْلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا بَيِّمِينَ كَأَجَلٍ أَوْ
خِيَارٍ وَشَفْعَةٍ وَإِجَارَةٍ وَجَرَحٍ خَطَأٍ أَوْ مَالٍ وَأَدَاءٍ كِتَابَةٍ وَإِصْءٍ يَتَصَرَّفُ فِيهِ أَوْ بَأْنُهُ حُكْمٌ لَهُ بِهِ كَشِرَاءٍ
زَوْجَتِهِ وَتَقْدُمُ دَيْنٍ عِتْقًا.

متن الخطاب
ص: ولما ليس بمال ولا آثِلٌ إليه ش: يريد وليس بزنا ولا مما يختص به النساء، واكتفى الشيخ عن
ذكر الزنا بما تقدم وعن ذكر ما يختص بالنساء بما سيذكره، ومما لا يكفي فيه الشاهد واليمين إسقاط
الحضانة. نقله ابن ناجي في شرح قول الرسالة: "ومن حبس داراً" قال: ومن ذلك الوصية لغير معين.
قال: وكذلك الأدب بالشاهد واليمين. ذكره ابن رشد، ومن ذلك الطلاق والخلع كما صرح به ابن
فرحون في تبصرته، وقال الشيخ زروق في شرح الرسالة: اختلف في إلحاق ما هو آثِلٌ إلى المال بالمال،
والمشهور الإلحاق. ثم قال: وعلى المشهور فالخلع آثِلٌ إلى المال، وفيه خلاف. انتهى.
قلت: إن أراد أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه خالعهما على شيء من مالها فهذا من دعوى الطلاق
ولا يثبت إلا بشاهدين، وإن أراد أن الرجل ادعى / على الزوجة أنها خالعهما على شيء من مالها
فهذه دعوى بمال؛ لأن الطلاق إنما لزمه بإقراره، ويثبت المال بشاهد ويمين كما قاله في المدونة في
كتاب إرخاء الستور، ونصه: وإن صالحته على شيء هو فيما بينهما، فلما أتى بالبينة لتشهد
جحدت المرأة أن تكون أعطته على ذلك شيئاً فالخلع ثابت، ولا يلزمها غير اليمين، فإن نكلت
حلف هو واستحق، وإن أتى الزوج بشاهد على ما يدعي حلف معه واستحق. انتهى.
ص: وإلا فعدل وامرأتان ش: تصويره واضح.

فرع: قال ابن رشد في نوازل: المشهور المعلوم من مذهب مالك رضي الله عنه وأصحابه أن شهادة
النساء في الأحباس عاملة؛ لأن الأحباس من الأموال، ولا اختلاف أن شهادة النساء في الأموال
جائزة، وإنما اختلف فيما جر إلى الأموال كالوكالة، وإنما يخرج أن شهادتهن غير عاملة في ذلك
على مذهب ابن الماجشون وسحنون في أن شهادة النساء لا تجوز إلا حيث يجوز اليمين مع الشاهد
إذا قلنا إن الحبس لا يستحق باليمين مع الشاهد، وفي ذلك بين أهل العلم اختلاف. انتهى. وقد عد
ابن فرحون فيما يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين الحبس.

ص: وإيصاء بتصرف فيه ش: ظاهر كلام الشيخ أن هذا مما يقبل فيه شاهد ويمين، وامرأتان
ويمين، وشاهد وامرأتان، ولكن الشارح بهرام والبساطي لم يذكرا الخلاف فيه إلا في الشاهد والمرأتين،
ومثل الإيصاء بالتصرف في المال الشهادة بالوكالة عليه. كذا جمعهما ابن الحاجب، واعلم أن ابن عبد
السلام رحمه الله لما ذكر مراتب الشهادة قال ما نصه: الثالثة الأموال وما يؤول إليها كالأجل والخيار
والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وما يتنزل منزلته مطلقاً وجراح المال مطلقاً وفسخ العقود ونجوم الكتابة،
وإن عتق بها فيجوز لرجل وامرأتين، وكذلك الوكالة بالمال والوصية به على المشهور. انتهى. قال في
التوضيح: قوله وكذلك الوكالة بالمال أي وكله في حياته ليتصرف له، والوصية به أي أوصاه بأنه
يتصرف في أمواله بعد وفاته. انتهى. ولم يذكر المؤلف ولا ابن عبد السلام أن الشاهد واليمين يجوزان

وَقَصَاصٍ فِي جَرْحٍ وَلَمَّا لَا يَظْهَرُ لِلرَّجَالِ امْرَأَتَانِ كَوَلَادَةٍ وَعَيْبٍ فَرْجٍ وَاسْتِهْلَالٍ وَحَيْضٍ وَنِكَاحٍ بَعْدَ مَوْتٍ أَوْ سَبْقِيَّتِهِ أَوْ مَوْتٍ وَلَا زَوْجَةَ وَلَا مُدَبَّرَ وَنَحْوَهُ وَتَبَتِ الْإِرْثُ وَالتَّسَبُّ لَهٗ وَعَلَيْهِ يَلَا يَمِينٍ وَالْمَالُ دُونَ الْقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ كَقَتْلِ عَبْدٍ آخَرَ وَحِيلَتْ أَمَةٌ مُطْلَقًا كَغَيْرِهَا إِنْ طُلِبَتْ بَعْدُ أَوْ اثْنَيْنِ يُزَكِّيَانِ.

نص خليل

على الوكالة والوصية وإنما تكلمنا فيما تكلم عليه ابن الحاجب، ثم إن ابن عرفة لما تكلم على هذه المسألة ذكر هذا الخلاف في الشاهد والمرأتين، ولما تكلم في فصل الشاهد واليمين ذكر عن ابن/ رشد في أثناء كلامهما أنه قال: لا خلاف أنه لا يجوز الشاهد واليمين في الشهادة على الوكالة، ثم لما فرغ من الكلام على مسألته قال: وقول ابن رشد لا خلاف أنه لا يجوز شاهد ويمين في الشهادة على الوكالة خلاف نقل اللخمي والمازري. قال اللخمي: اختلف إذا شهد على وكالة من غائب هل يحلف الوكيل والمشهور أنه لا يحلف، وهو أحسن إن كانت الوكالة بحق لغائب فقط وإن كانت مما يتعلق بها حق للوكيل لأن له على الغائب ديناً، أو ليكون ذلك المال بيده قراضاً، أو تصدق به عليه حلف واستحق إن أقر الموكل عليه بالمال للغائب، وإن وكل على قضاء دين فقضاه بشاهد فجحد القابض حلف الوكيل وبرى الغريم، فإن نكل حلف الطالب وغرم الوكيل إن كان موسراً، وإن كان معسراً حلف المطلوب وبرى، وكانت تباعة الطالب على الوكيل متى أيسر.

متن الخطاب

182

قلت: فظاهر لفظ اللخمي أن الخلاف في الشاهد واليمين في الوكالة، وقال المازري: معروف المذهب أن الشاهد واليمين لا يقضى به في الوكالة، لكن منع القضاء بها ليس من ناحية تصور هذه الشهادة في القضاء بها في الوكالة، بل لأن اليمين مع الشاهد فيها متعذرة؛ لأن اليمين لا يحلفها إلا من له فيها نفع والوكيل لا نفع له فيها، وإن كان وقع في المذهب أن الوكيل يحلف مع شاهده بالوكالة وقبض الحق فتأول الأشياء هذه الرواية على أن المراد بها وكالة بأجرة يأخذها الوكيل أو يقبض المال لمنفعة له فيها. انتهى. وقال في النوادر: ومن العتبية: قال سحنون: قال أشهب لا يقضى بشاهد ويمين في وكالة في مال. قال ابن نافع عن مالك في المجموعة فيمن أقام شاهداً أنه أوصى إليه أنه لا يحلف معه، ولا يثبت له ذلك إلا أن يراه الإمام أهلاً لذلك فيؤليه بغير يمين، وقال في المدونة: قال سحنون: الوصايا والوكالة ليستا بمال إذ لا يحلف وصي ولا وكيل مع شاهد رب المال إذ المال

لغيرهما. انتهى. /

183

ص: وقصاص في جرح ش: يعني أن القصاص في الجراح يثبت بالشاهد واليمين. قال في كتاب الديات من المدونة: من أقام شاهداً على جرح عمداً فليحلف ويقتص، فإن نكل قيل للجراح احلف وابرأ، فإن نكل حبس حتى يحلف. ثم قال: قيل لابن القاسم لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ فقال: كلمت مالكا في ذلك فقال إنه لشيء استحسانه وما سمعنا فيه شيئاً. انتهى. وقال في كتاب الشهادات: وكل جرح فيه قصاص يقتص فيه بشاهد ويمين، وكل جرح لا قصاص فيه مما هو متلف كالجائفة والمأمومة وشبههما فالشاهد واليمين فيه جائز؛ لأن العمد والخطأ فيه إنما هو مال. انتهى. قال ابن يونس: أي بشاهد ويمين الطالب؛ لأن الجراحة لا قسامة فيها، بذلك مضت السنة، وإنما القسامة في النفس، فلما كانت النفس تقتل بشاهد واحد مع القسامة فلذلك اقتص بشاهد مع يمين

نص خليل

وَبِيعَ مَا يَفْسُدُ وَوُقِفَ ثَمَنُهُ مَعَهُمَا بِخِلَافِ الْعَدْلِ فَيَحْلِفُ وَيُبْقَى بِيَدِهِ.

متن الخطاب

المجروح، وقاله عمر بن عبد العزيز. انتهى. وفي النوادر: قال ابن الماز: ويقضى بالقصاص في الجراح بالشاهد واليمين صغيرها وعظيمها في العمد والخطأ ولا شك في الخطأ، وقال ابن عبد الحكم لا [أرى ذلك¹³⁹⁵] في العمد إلا في اليسير من الجراح، وروي عن مالك أنه يقتص بذلك رواية مبهمة لم يذكر ما صغر أو كبر، وروي عن مالك أن ذلك فيما لا خوف فيه من موضحة ودامية وجراح الجسد، وأما اليد والعين وشبه ذلك فلا يقتص إلا بشاهدين، وهذا قول عبد الملك. قال ابن عبد/ الحكم: وهذه الرواية من قوله أحب إلي. قال محمد: وروى ابن القاسم وأشهب عنه أنه يقتص بذلك فيما عظم أو صغر منها من قطع اليد وغيرها يحلف يمينا واحدة ويقتص. قال ابن القاسم: فإن نكل حلف القاطع وبرى فإن نكل حبس حتى يحلف، وقيل يقطع. انتهى.

فرع: قال في النوادر: قال مالك: وإن كان الشاهد غير عدل حلف المطلوب وليس كالقسامة، وما قال أحد غير هذا إلا بعض من لا يؤخذ بقوله. انتهى.

184

فرع: قال فيها أيضا: فإذا تعلق به وقال أنت جرحتني فله عليه اليمين، وإن كان من أهل التهم أدب، والذي في سماع أشهب عن مالك إذا تنازعا ثم أتى أحدهما بأصبعه مجروحة تدمي يزعم أن صاحبه عضها قال: يحلف له، وإن كان من أهل التهم أدب قال في الكتابين، وقال ابن القاسم فيمن ادعى أن فلانا جرحه فلا يستحلف في جرح ادعاه أو ضرب إلا أن يكون مشهورا بذلك فيحلف، فإن نكل سجن حتى يحلف، وقال أصبغ فإن طال حبسه ولم يحلف عوقب وأطلق، إلا أن يكون متمردا فيخلد في السجن، ثم ذكر مسائل تتعلق بالعبد إذا قام على جرحه شاهد واحد فراجع إن أردته. والله أعلم.

ص: وبيع ما يفسد ووقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده ش: يعني أن من ادعى شيئا مما يفسد بالتأخير كاللحم ورطب الفواكه وأقام شاهدين واحتجج إلى تزكيتهما فإن ذلك الشيء يباع ويوقف ثمنه، بخلاف ما إذا أقام عدلا واحدا فإن المدعى عليه يحلف أن المدعى لا يستحق فيه شيئا، ويترك ذلك الشيء بيده. هكذا قال ابن الحاجب متبرئا منه بقوله: [قالوا¹³⁹⁶] وقبله في التوضيح. وقال: تبرأ منه لإشكاله؛ وذلك لأن الحكم كما يتوقف على الشاهد الثاني كذلك يتوقف على عدالة الشاهدين، فإما أن يباع ويوقف ثمنه فيهما، أو يخلي بيده فيهما، وأجاب صاحب النكت بأن مقيم العدل قادر على إثبات حقه بيمينه، فلما ترك ذلك اختيارا صار كأنه مكنه منه، بخلاف من أقام شاهدين أو شاهدا ووقف ذلك القاضي لينظر في تعديلهم لا حجة عليه في ذلك؛ لعدم قدرته على إثبات حقه بغير عدالتهم، وأشار المازري إلى فرق آخر وهو أن الشاهدين المجهولين أقوى من الواحد؛ لأن الواحد يعلم الآن قطعا أنه غير مستقل، والشاهدان المجهولان إذا عدلا فإنما أفاد تعديلهما بعد الكشف عن وصف [كانا¹³⁹⁷] عليه حين الشهادة، ويحتمل أن يكون وجه الإشكال ما ذكره ابن عبد السلام

الحديث

1395 - في المطبوع أرى في ذلك وما بين المعقوفين من ماياي 138 وسيد 27 ويم 100 وم 63.

1396 - في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 184 ويحيى ص 90 و م ص 63 ويم ص 79 وماياي 138.

1397 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من يحيى 433 ويم 100 وسيد 27 وماياي 39 وم 64.

متن الخطاب مقتصرًا عليه، فإنه قال: إنما تبرأ منه لأنهم مكنوا من الطعام من هو بيده بعد قيام شاهد، ولم يمكنه منه إن قام عليه شاهدان، بل قالوا يباع ويوقف ثمنه والشاهد أضعف. قال: قلت: ولأجل أن الشاهد أضعف من الشاهدين أبقي الطعام بيد المدعى عليه؛ لأنه إذا ضعفت الدعوى لضعف الحجة ضعف بسبب ذلك أثرها بإبقاء الطعام بيده ليس هو لما توهم من تقديم الأضعف على الأقوى، بل هو عين ترجيح الأقوى، فأجاب عن ذلك بأنه لو كان صحيحًا للزم مثله فيما لا يخشى فسادَه أن يحلف من هو بيده ويترك له يفعل فيه ما أحب. قال: ويجاب عن أهل المذهب بأن ما يخشى فسادَه قد تعذر القضاء بعينه للمدعي لما يخشى عليه من الفساد قبل ثبوت الدعوى فلم يبق إلا النزاع في ثمنه فهو كدين على من هو بيده، فممكن منه بعد أن يحلف ليسقط حق المنازع في تعجيله له، ولا يلزم مثل ذلك فيما قام عليه شاهدان؛ لأن حق المدعي فيه أقوى من حق المدعى عليه. انتهى كلام التوضيح.

قلت: وأصل المسألة في كتاب الشهادات من المدونة. قال فيها: وإن كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم ورطب الفواكه، وقد أقام لطخا أو شاهدا على الحق وأبى أن يحلف، وادعى بينة قريبة على الحق أجله القاضي بإحضار شاهدين أو شاهد إن أتى بشاهد قبله، ولم يحلف ما لم يخف فساد ذلك الشيء، فإن جاء بما ينتفع به وإلا أسلم ذلك الشيء إلى المطلوب ونهى المدعي عن التعرض له، وإن كان الطالب قد أقام شاهدين فأوقف القاضي ذلك الشيء إلى الكشف عنهما، فإن خاف على فساد بابه وأوقف ثمنه، فإن زكيت بينة المدعي وهو مبتاع أخذه وأدى الثمن الذي قالت بينته، كان أقل من ذلك أو أكثر، ويقال للبائع إذا كان يأخذ أكثر من الثمن الموقوف أنت أعلم بالتحرج عن الزيادة، وإن لم يزكوا أخذ المدعى عليه الثمن الموقوف، لأنه عليه بيع نظرا، ولو ضاع الثمن قبل القضاء أو بعده كان لمن قضي له به. انتهى.

قال في النكت: إذا أقام شاهدين وأوقف القاضي الشيء المدعى فيه لينظر في تعديلهما فخاف فسادَه أو أقام شاهدا واحدا فكان الحاكم ينظر في تعديله. الجواب: سواء يباع ذلك الشيء بخلاف إذا أقام شاهدا واحدا عدلا وأبى أن يحلف معه، وقال آتى بأخر فخاف الحاكم فساد ذلك الشيء هاهنا يسلمه إلى المطلوب؛ يريد لأن هذا قادر على إثبات حقه بيمينه مع شاهده الذي ثبت له فترك ذلك اختيارا منه والذي ينظر في تعديل شاهديه أو شاهده الذي أقامه لا حجة عليه. انتهى. فهو موافق لما قاله ابن الحاجب إلا أنه لم يذكر استحلاف المطلوب، وكذلك قال اللخمي، ونصه: ومن ادعى مالا يبقى ويسرع إليه الفساد كاللحم ورطب الفواكه، وأتى ببلطخ أو بينة لا يعرفها القاضي، فقال الجاحد وهو البائع أو المدعي وهو المشتري نخاف فسادَه أو لم يقوله، فإن أثبت لطخا وقال لي بينة حاضرة أو أقام شاهدا وقال عندي شاهد آخر ولا أحلف، فإن لم يحضر ما ينتفع به وخشي عليه الفساد خلى بين البائع وبين متاعه، وأما الشاهدان فينظر في عدالتهما، فإن خشي الفساد بيع وأوقف الثمن. انتهى. فلم يذكر استحلاف المطلوب أيضا. وقال في التنبيهات: قوله في توقيف ما يسرع إليه الفساد إذا قال المدعي عندي شاهد واحد ولا أحلف معه أنه يؤجله ما لم يخف عليه الفساد وإلا خلى

متن الخطاب بين المدعى عليه وبين متاعه، معنى قوله لا أحلف معه أي ألبتة [ولو أراد لا أحلف معه الآن¹³⁹⁸] لأنني أرجو شاهداً آخر فإن وجدته وإلا حلفت مع شاهدي بيع حينئذ ووقف ثمنه إن خشي عليه الفساد، وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما فقد جعله يبيعه هنا، ونحن على شك من تعديلهما وهو إن لم يعدلها بطل الحق، وشاهد واحد في الأول ثابت بكل حال والحلف معه ممكن إن لم يجد آخر ويثبت الحق. انتهى. ونقل ابن عرفة كلام المدونة وكلام التنبيهات، ثم قال بعد: فحاصلها إن لم يقيم المدعي إلا لطخاً قاصراً عن شاهد عدل وعن شاهدين يمكن تعديلهما وقف المدعي فيه ما لم يخش فساداً فإن خشي فساداً خلى بينه وبين المدعي عليه، وكذا إن أقام شاهداً عدلاً وقال لا أحلف معه بوجه وإن قال أحلف معه أو أتى بشاهدين ينظر في تعديلهما بيع ووقف ثمنه حسبما ذكره في الأم، ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص العطار، وزاد: إن كان أتى الطالب بشاهد واحد وإن لم يزكه وهو قابل للتزكية فهو كقيام شاهدين ينظر في تزكيتهما يباع المدعي فيه لخوف فساد، ونقل أبو إبراهيم قول عياض ولم يتعقبه. انتهى كلام ابن عرفة. وليس فيه ولا في كلام التنبيهات استحلاف المطلوب، لكن في كلام الشيخ أبي الحسن الصغير ما يقتضي ذلك فإنه قال في شرح قوله في المدونة: وإلا سلم ذلك الشيء إلى المطلوب ظاهره من غير يمين. الشيخ: وهذا لا يصح فعناه بيمين انظره. انتهى.

وقال في كتاب الأقضية من النوادر: وإذا كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم والفاكهة الطرية وأقام لطخاً أو قام له شاهد فإنه يوقف إلى مجيء شاهده الآخر أو يمينه إلى مثل ما لا يخشى فيه فساد الذي فيه الدعوى، فإن خاف فساداً أحلف المدعي عليه، وترك له ما أوقف عليه. انتهى. وفي كلام التنبيهات الذي ذكرناه، وقبله ابن عرفة تقييد عدم بيع المدعي فيه مع قيام الشاهد العدل بما إذا قال المدعي لا أحلف معه ألبتة، وأما إذا قال لا أحلف/ الآن لأنني أرجو شاهداً آخر، فإن وجدته وإلا حلفت مع شاهدي أنه يباع ويكون بمنزلة الشاهدين، وكلام ابن عرفة يقتضي أن هذا هو المذهب فإنه قال في كلامه المتقدم: ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص [بن¹³⁹⁹] العطار، وقال بعد أن ذكر كلام ابن الحاجب وابن عبد السلام: حاصل كلامه يعني ابن عبد السلام أن المذهب عنده هو ما نقله ابن الحاجب، وأشار إلى التبري منه، ثم قال: ومن تأمل كلام عياض وأبي حفص بن العطار مراعي أصول المذهب علم منه أن ما فهمه الشيخ؛ يعني ابن عبد السلام عن المذهب، وفسر به كلام ابن الحاجب وما أشار إليه من التبري غير صحيح. انتهى. ولا شك أن هذا التقييد الذي ذكره القاضي في التنبيهات يزول به الإشكال، فإنه ينبغي أن يقرر وجه التبري في كلام ابن الحاجب بأنه كيف قالوا إنه مع الشاهد الواحد العدل يمكن المدعي عليه من الشيء المدعى فيه ومع الشاهدين اللذين يريد أن يزكيا لا يمكن منه، ويباع ويوقف ثمنه، مع أن الحق مع الشاهد

186

¹³⁹⁸ * - في المطبوع ولو أراد أن يحلف معه الآن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

¹³⁹⁹ - ساقطة من المطبوع وما يابى 140 ويم ص 80 ويحيى ص 91 و م ص 64 وما بين المعقوفين من ن عدود

نص خليل

وَأِنْ سَأَلَ ذُو الْعَدْلِ أَوْ بَيِّنَةٌ سَمِعَتْ وَإِنْ لَمْ تَقْطَعْ وَضَعَ قِيَمَةَ الْعَبْدِ لِيَذْهَبَ بِهِ إِلَى بَلَدٍ يُشْهَدُ لَهُ عَلَى عَيْنِهِ أَجِيبَ لَا إِنْ ائْتَفَقَا وَطَلَبَ إِيقَافَهُ لِيَأْتِيَ بَيِّنَةٌ وَإِنْ بَكَيُّومَيْنِ إِلَّا أَنْ يَدْعِيَ بَيِّنَةً حَاضِرَةً أَوْ سَمَاعًا يَتَّبِطُّ بِهِ فَيُوقَفَ وَيُوكَلُّ بِهِ فِي كَيَوْمٍ.

متن الخطاب الواحد العدل أقرب إلى الثبوت؛ لأنه يمكن إثباته سواء وجد شاهداً ثانياً أو لم يجده، بخلاف الشاهدين اللذين يزكيان فإنه إن لم يجد من يزكيهما لم يثبت الحق، فقيام الشاهد الواحد أقوى في إثبات الحق من الشاهدين اللذين يزكيان، فيجانب عن ذلك بأنه إنما يمكن المدعى عليه من المدعى فيه مع الشاهد الواحد العدل إذا قال المدعى لا أحلف معه ألبته وإنما أطلب شاهداً ثانياً، فإن وجدته أثبت حقي، وإن لم أجده لم أحلف، فحينئذ يمكن المدعى عليه من المدعى فيه إذا خيف عليه الفساد؛ لأن الشاهد الواحد حينئذ أضعف من الشاهدين؛ لأن احتمال عدم ثبوت الحق معه حاصل والواحد أضعف من الاثنين، وأيضاً فإن المدعى مختار لعدم إثبات حقه بامتناعه عن اليمين كما تقدم عن النكت.

وأما إذا قال المدعى أنا لا أحلف الآن؛ لأنني أرجو شاهداً ثانياً فإن وجدته وإلا حلفت، فهذا يباع ذلك الشيء ويوقف ثمنه؛ لأن الشاهد الواحد حينئذ أقوى من الشاهدين، فإن قيل لم لم يفصلوا فيما لا يخشى فساداً في قيام الشاهد الواحد العدل، بل قالوا إنه يحال بين المدعى عليه والشيء المدعى فيه مع قيام الشاهد العدل من غير تفصيل، فالجواب أن ما يخشى فساداً لما تعذر القضاء بعينه للمدعى لما يخشى من فساد قبل ثبوت الدعوى، ولم يبق إلا أن يقضى له بثمنه، وقوي حق المدعى عليه بسبب وضع اليد مع ترك المدعى إثبات حقه القادر عليه اختياراً أبقى الشيء المدعى فيه بيد المدعى عليه بخلاف ما لا يخشى فساداً؛ لأن القضاء بعينه للمدعى ممكن، ولا كبير ضرر على المدعى عليه في إيقافه فتأمله. والحاصل أن قول المصنف: "بخلاف العدل فيحلف معه ويبقى بيده" يقيد ذلك بما إذا قال المدعى أنا لا أحلف ألبته مع شاهدي العدل وإنما أطلب شاهداً ثانياً فإن وجدته وإلا تركت، وأما إذا قال أنا لا أحلف الآن لأنني أرجو شاهداً ثانياً، فإن وجدته وإلا حلفت، فإن المدعى فيه يباع ويوقف ثمنه، كما يوقف مع الشاهدين على ما قاله عياض وأبو حفص [بن¹⁴⁰⁰] العطار، وقبله ابن عرفة. فتأمله منصفاً. والله أعلم.

ص: وإن سأل ذو العدل الخ ش: يشير إلى قوله في المدونة في كتاب الشهادات قال مالك: ومن ادعى عبداً بيد رجل فأقام شاهداً عدلاً يشهد على القطع أنه عبده أو أقام بينة يشهدون أنهم سمعوا أن عبداً سرق له مثل ما يدعي، وإن لم تكن شهادته قاطعة وله بينة ببلد آخر فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينته لتشهد على عينه عند قاضي تلك البلدة فذلك له وإن لم يقم شاهداً ولا بينة سماع على ذلك وادعى بينة قريبة بمنزلة اليومين والثلاثة فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينته لم يكن له ذلك، وإن قال أوقفوا العبد حتى آتي ببينتي لم يكن له ذلك إلا أن يدعي [بينة¹⁴⁰¹] حاضرة على الحق أو سماعاً يثبت له به دعواه فإن القاضي يوقف العبد، ويوكل به حتى يأتيه ببينة

الحديث

1400 - ساقطة من المطبوع وما يابى 141 ويحيى ص 91 وم ص 80 وم ص 65 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 186.

1401 - في المطبوع ببينة وما بين المعقوفين من يم 101 ويحيى 434 وسيد 27 وم 65 وما يابى 141.

نص خليل وَالْغَلَّةُ لَهُ لِلْقَضَاءِ وَالنَّفَقَةُ عَلَى الْمُقْضِي لَهُ بِهِ.

متن الخطاب 187 فيما قرب من يوم ونحوه، فإن جاء/ بشاهد أو سماع وسأل إيقاف العبد ليأتي ببينة، فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف القاضي المدعى عليه وأسلمه إليه بغير كفيل، وإن ادعى شهودا حضورا على حقه أوقف له نحو الخمسة الأيام والجمعة، وهذا التحديد لغير ابن القاسم، ورأى ابن القاسم أن يوقف له؛ لأن الجائي بشاهد أو سماع له وضع القيمة عند مالك والذهاب به إلى بينته فهذا كالإيقاف. انتهى. وقال أبو الحسن: قوله عبدا ليس يريد خصوصية العبد وإنما نبه به على ما سواه وقوله: "وأقام شاهدا" يريد وأبى أن يحلف معه. ابن رشد: وكذا لو أقام شاهدين مجهولي الحال قوله عند قاضي تلك البلد ظاهرها كان قريبا أو بعيدا. انتهى. ونبه الشيخ بقوله: "لا إن انتفيا" وطلب إيقافه إلى أنه لا يجاب إلى الذهاب به من باب أولى. فتأمله.

ونقل الشارح في الكبير في شرح هذه المسألة مسألة كتاب الصناعات في عكس المسألة، وهي من استحققت من يده دابة فسأل القاضي وضع قيمتها ويذهب بها إلى بلد البائع ولم ينقل هذه المسألة فقد يشوش ذلك على فهم الطالب. والله أعلم.

تنبية: قول المصنف: "وضع قيمة العبد" هذا في المستحق بالرق، وأما المستحق بالحرية ففيه تفصيل ينظر في آخر سماع عيسى من الجهاد وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق.

ص: والغلة للقضاء والنفقة على المقضي له به ش: قال في المدونة إثر الكلام السابق: ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به. ثم قال: الغلة أبدا للذي هي في يده؛ لأن ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب. قال أبو الحسن: في المسألة ثلاثة أقوال النفقة والغلة لمن ذلك بيده وقيل لمن يقضى له به والتفصيل، وهو ظاهر الكتاب. قال: ومذهب الكتاب مشكل؛ فقال بعضهم وجهه أنه لما ادعى العبد كأنه أقر بأن نفقته عليه فيؤخذ بإقراره ولا يصدق في الغلة؛ لأنه مدع فيها انظره. انتهى. وقال في النكت: فإن تشاحا في النفقة كانت عليهما جميعا ثم ينظر بعد ذلك ويقضى له به، وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا إن لم يتطوع أحدهما بالنفقة وتشاحا كانت على من هو بيده؛ لأنه على أصل ملكه لا يخرج الإيقاف حتى ينظر فيه؛ يريد فإذا ألزم النفقة ثم ثبت للآخر رجوع عليه بذلك. انتهى.

فرع: قال في آخر كتاب دعاوى من الذخيرة: قال بعض العلماء: إذا ألزم المدعى عليه بإحضار المدعى به لتشهد عليه البينة، فإن ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه؛ لأنه مبطل ملح وإلا فعلى المدعي لأنه مبطل في ظاهر الشرع، ولا تجب أجرة تعطيل المدعى به في مدة الإحضار؛ لأنه حق للحاكم لا يتم مصالح الحكام إلا به. انتهى. وقال بعده بنحو صفحة: فرع إذا تنازعتما حائطا مبيضا هل هو منعطف لدارك أو لداره فأمر الحاكم بكشف البياض لينظر إن جعلت الأجرة في الكشف عليه فمشكل؛ لأن الحق قد يكون لخصمك، والأجرة ينبغي أن تكون لمن له نفع العمل، ولا يمكن أن تقع الأجرة على أن الإجارة على من يثبت له الملك؛ لأنكما جزمتم بالملكية، فما وقعت الإجارة إلا جازمة، وكذلك الغائب لو امتنع إلا بأجر. قال: ويمكن أن يقال يلزم الحاكم كل واحد منهما باستنجاره وتلزم الأجرة

وَجَازَتْ عَلَى حَظِّ مُقَرِّبٍ بِلَا يَمِينٍ وَحَظِّ شَاهِدٍ مَاتَ أَوْ غَابَ بِبُعْدٍ وَإِنْ بَغِيَ مَالٌ فِيهِمَا إِنْ عَرَفْتَهُ كَالْمَعِينِ.

في الأخير من ثبت له الملك، كما يحلف في اللعان وغيره وأحدهما كاذب. انتهى. وهذا الأخير هو الظاهر كما في الفرع قبله فتأمل. والله أعلم. /

ص: وجازت على حظ مقرر ش: ظاهره سواء كانت الوثيقة بخطه أو فيها شهادته فقط على نفسه وهو كذلك. قال في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: وسئل مالك عن رجل كتب على رجل ذكر حق وأشهد فيه رجلين، فكتب الذي عليه الحق شهادته على نفسه بيده في [الذكر¹⁴⁰²] الحق فهلك الشاهد ثم جحد، فأتى رجلان فقلا نشهد أنه كتابه بيده. قال مالك: إذا شهد عليه شاهدان أنه كتابه بيده رأيت أن يؤخذ منه الحق، ولا ينفعه إنكاره، وذلك بمنزلة لو أقر ثم جحد فشهد عليه شاهدان بإقراره فأرى أن يغرم. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن شهادة الرجل على [نفسه إقرار¹⁴⁰³] عليها وإقراره على نفسه شهادة عليها، ونقله ابن عرفة.

ص: وإن بغير مال فيهما ش: هذا الذي اختاره رحمه الله أن الشهادة على الخط جائزة في الطلاق والعتاق وغيرهما، وكأنه رحمه الله اعتمد على ما ذكره في التوضيح عن أحكام ابن سهل، ونصه: وفي أحكام ابن سهل عن محمد بن الفرّج مولى ابن الطلاع أنه قال الأصل في الشهادة على الخطوط من قول مالك، وأكثر أصحابه أنها تجوز في الحقوق والطلاق والعتاق والأحباس وغيرها. انتهى. وهو خلاف ما نقله البرزلي عن السيوري أنه قال: لا تجوز الشهادة على الخط في طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود على ما في الواضحة وغيرها. انتهى من أوائل مسائل الأيمان. ونقله في مسائل الأقضية والشهادات عن ابن رشد انظر كلامه. وقال ابن رشد في نوازل في أثناء مسائل النكاح في رجل [قيم¹⁴⁰⁴] عليه بعقد يتضمن إشهاده على نفسه أنه متى تزوج فلانة فهي طالق ثلاثاً، وقد تزوجها فأنكر العقد، فشهد شهود أن العقد خط يده، فقال إن كان العقد الذي قيم على الرجل المذكور ثبت بشهادة الشهود الذين أشهدهم على نفسه بما تضمنه وعجز عن الدفع، فالذي أراه وأتقلده أن يفرق بينهما، وهو الصحيح عندي من الأقوال المشهورة في المذهب، ولا يكون ذلك جرحاً تسقط شهادته إلا أن يقر على نفسه أنه تزوجها بعد أن حلف بطلاقها ألبتة أن لا يتزوجها وهو يعتقد أن ذلك لا يحل له جرأة على الله عز وجل؛ إذ لو أقر بطلاقها على ما تضمنه العقد، وقال إنما تزوجها لأنه اعتقد أن ذلك يسوغ له لاختلاف أهل العلم في ذلك لعذر فيما فعله، ولم يكن ذلك جرحاً، لا سيما إن / كان ممن ينظر في العلم ويسمع الأحاديث، وأما إن لم يثبت العقد الذي قيم به إلا بالشهادة على الخط فلا يحكم به عليه إن أنكر، ولا يفرق بينهما، أو إن عجز عن الدفع في شهادة من شهد عليه أنه خط يده؛ لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا نكاح ولا حد من الحدود على ما نص عليه ابن حبيب في واضحته وغيره، ولو أقر أنه خطه كتبه بيده وزعم أنه لم يكتبه عازماً على إنفاذه، وإنما كتبه على أن

1402 - في م 65 ذكر الحق وهي نسخة.

1403 - في المطبوع على نفسه شهادة إقرار عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 ويحيى ص 92 و م ص 65

وما يابى 142.

1404 - في المطبوع يقيم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 188 وما يابى 142.

متن الخطاب يستشير وينظر في ذلك لصدق في ذلك على ما قاله في المدونة. انتهى. والله أعلم. وما ذكره عن ابن حبيب في واضحته. نقله ابن حبيب فيها عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ، وأنها لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود ولا كتاب قاض، وإنما تجوز في الأموال فقط، وحيث لا تجوز شهادة النساء ولا الشاهد مع اليمين فلا تجوز على الخط، وحيث يجوز هذا يجوز هذا، ووقع في رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات في امرأة كتب إليها زوجها بطلاقها مع من لا تجوز شهادته إن وجدت من يشهد لها على خطه نفعها ذلك.

قال ابن رشد: ومثله في مختصر ابن عبد الحكم وكان يمضي لنا عند من أدركناه من الشيوخ أن ما ذكره ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ هو مذهب مالك لا خلاف فيه، وأن معنى قوله في الرواية نفعها ذلك أنه يكون لها شبهة توجب لها اليمين على الزوج أنه ما طلق، والذي أقول به أن معنى ما حكاه ابن حبيب إنما هو أن الشهادة لا تجوز على خط الشاهد في طلاق ولا عتاق ولا نكاح لا أنها لا تجوز على خط الرجل أنه طلق أو أعتق أو أنكح بل هي جائزة على خطه بذلك كما تجوز على خطه بالإقرار بالمال، وهو بين من قوله: فالصواب أن يحمل قول مالك نفعها على ظاهره من الحكم لها بالطلاق عليه إذا شهد على خطه شاهدان عدلان، وذلك إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق زوجته مثل أن يكتب إلى رجل يعلمه بأنه طلق زوجته أو إليها يعلمها بذلك، وأما إن كان الكتاب إنما هو بطلاقه إياها ابتداء فلا يحكم عليه به إلا أن يقر أنه كتبه مجعاً على الطلاق، وفي قبول قوله إنه كتبه غير مجمع على الطلاق بعد أن أنكر أنه كتبه اختلاف. انتهى بعضه بالمعنى وأكثره باللفظ. فيكون اختيار ابن رشد ثالثاً يفرق بين الشهادة على خط الشاهد فلا تجوز إلا في الأموال وبين الشهادة على خط المقر فتجوز في الأموال وغيرها إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق أو أعتق ونحو ذلك، وأما إذا كان الخط إنما هو بطلاقه إياها ابتداء فلا، وذكر ابن عرفة عن ابن سهل نحو اختيار ابن رشد وعن الباجي أيضاً، وظاهر ما تقدم عن ابن رشد في نوازله في النكاح أنه حمل قول مطرف وابن الماجشون على ظاهره.

وقال في مسائل الشهادات من نوازله: ظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أن الشهادة على الخط لا تجوز فيما عدا الأموال، لا على خط الشاهد ولا على خط المعتق أو المطلق، وسائر ما ذكره مما ليس بمال، وعلى ذلك كان الشيوخ يحملونه، ومعنى ذلك إذا وجد الكتاب بالعتق عنده بعد موته أو بيده في حياته؛ لأنه لو أقر أنه خطه وقال كتبت على [أن أستخير¹⁴⁰⁵] في تنفيذه ولم أنفذه بعد صدق في ذلك، وأما إذا كان دفعه إلى العبد أو كان قد نص فيه على أنه أنفذه على نفسه فالشهادة عليه عاملة كالشهادة على خطه بالإقرار بالمال، وهو ظاهر رواية أشهب عن مالك في العتبية وما في مختصر ابن عبد الحكم. انتهى. وقال ابن فرحون بعد نقله قول مطرف وابن الماجشون: قال ابن رشد: وهذه التفرقة لا معنى لها إلا أن يريد أن الأموال أخف والصواب الجواز في الجميع. قال ابن الهندي: ويلزم من أجازها في الأحباس القديمة أن يجيزها في

وَأَنَّهُ كَانَ يَعْرِفُ مُشْهَدَهُ وَتَحْمَلَهَا عَدْلًا لَا عَلَى خَطِّ نَفْسِهِ حَتَّى يَذْكُرَهَا وَأَدَّى بِلَا نَفْعٍ وَلَا عَلَى مَنْ لَا يَعْرِفُ إِلَّا عَلَى عَيْنِهِ وَلَيْسَ جَلُّ مَنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا ابْنَةُ فُلَانٍ وَلَا عَلَى مُنْتَقِبَةٍ لِّتَتَّعِينَ لِأَدَاءٍ وَإِنْ قَالُوا أَشْهَدْتُنَا مُنْتَقِبَةً وَكَذَلِكَ نَعْرِفُهَا قُلُّدُوا وَعَلَيْهِمْ إِخْرَاجُهَا إِنْ قِيلَ لَهُمْ عَيْنُوهَا وَجَازَ الْأَدَاءُ إِنْ حَصَلَ الْعِلْمُ وَإِنْ بَامْرَأَةٍ لَا بِشَاهِدَيْنِ إِلَّا نَقْلًا.

نص خليل

190 غيرها لأن الحقوق عند الله سواء. انتهى./

متن الخطاب

ص: وأنه كان يعرف مشهده وتحملها عدلاً ش: ما ذكره من معرفة مشهده هو أحد القولين، وما ذكره من قوله وتحملها عدلاً هو تعديل للمشهود على خطه، وظاهر كلامه أن الشاهد على الخط لا بد أن يشهد بذلك، وذكر المتيطي أنه لا يشترط ذلك بل يكفي أن يشهد بذلك غيرهما. قال في كتاب الحبس في فصل ذكر فيه أن قائماً قام بالحسبة أن فلاناً باع حبساً ما نصه: وإن كان الشهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتى في كتاب الحبس: قلت: فأتى إليه بفلان وفلان شهدا عنده أن شهادة فلان وفلان الواقعة في كتاب الحبس المنتسخ في هذا الكتاب بخطوط أيديهما لا يشكان في ذلك، وأنهما ميطان فقبل القاضي شهادة الشهيدين عنده وشهادة الشهيدين المشهود على خطوطهما، وإن عدلها الشاهدان عنده على خطوطهما جاز ذلك، وقلت في إثر قولك وإنهما ميطان وأنهما كانا في رسم العدالة وقبول الشهادة في تاريخ شهادتهما [1406] / [المذكورة¹⁴⁰⁷] وبعدها إلى أن توفيا وإن عدلها عنده غير الشاهدين اللذين [شهاد¹⁴⁰⁸] على خطوطهما.

191

قلت: في الشهيدين وقبل شهادتهما لمعرفته بهما وقبل شهادة فلان وفلان المشهود على خطوطهما بتعديل فلان وفلان لهما عنده بالعدل والرضا إلى أن توفيا على ذلك. انتهى.

ص: وجاز الأداء إن حصل العلم ولو بامرأة ش: مسألة: قال في نوازل ابن رشد في مسائل الشهادات في رجل شهد على امرأة أنها أوصت لأخيها لأمها بثلاثها وأدى الشهادة على ذلك، وقطع بمعرفتها ثم شهد عليه شاهدان أنه أقر عندهما بعد أداء الشهادة أن هذه المرأة لم يكن يعرفها قبل ذلك الإشهاد ولا رآها قط، وإنما عيناها له في حين ذلك الإشهاد امرأة وثق بها، فهل ذلك مسقط لشهادته في هذه النازلة خاصة ويكون كالرجوع عن الشهادة، أو يراه إقراراً منه على نفسه بتعمد الكذب فيكون جرحاً وتسقط شهادته في ذلك وغيره؟ فأجاب شهادته عاملة إذا كان هو [ابتداءً بسؤال¹⁴⁰⁹] المرأة؛ لأن ذلك من ناحية قبول [خبر¹⁴¹⁰] الواحد، وأما إذا لم يبتدىء هو بسؤالها وإنما قالت له ذلك على سبيل الشهادة عنده مثل أن تقول له المرأة التي أشهدته على نفسها بالوصية

الحديث

1406 - في المطبوع عن الشهادة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 190 ويحيى 93 و م 66 ومايأبى 144.

1407 - في المطبوع أو المذكورة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 191 ومايأبى 144 و م 66 ويحيى 436.

1408 * - في المطبوع شهدوا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 436.

1409 - في المطبوع ويم ص 103 و م 66 ابتداء سؤال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 و يحيى 93.

1410 - في المطبوع خير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 ويحيى ص 93 و م ص 66 ويم ص 82 ومايأبى 144.

نص خليل وَجَازَتْ بِسَمَاعٍ فَشَا عَنْ ثِقَاتٍ وَغَيْرِهِمْ بِمَلِكٍ لِحَائِزٍ مُتَصَرِّفٍ طَوِيلًا.

متن الخطاب 192 هذه فلانة تعرف أنني فلانة بنت فلان [وتعرفك]¹⁴¹¹ بذلك فلا يجوز له أن يشهد عليها بتعيين المرأة له إياها على هذا الوجه، وإن كانت عنده ثقة فإن جهل سقطت شهادته عليها ولم يكن ذلك جرحاً [1412] تسقط شهادته فيما سوى ذلك. انتهى.

ص: وجازت بسماع فشأ عن ثقات وغيرهم ش: قال ابن عرفة: وشهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين، فتخرج شهادة البت والنقل. انتهى. وظاهر كلام المؤلف رحمه الله أنه لا بد أن يكون السماع فاشياً عن الثقات وغيرهم، وهذا قول ذكره في التوضيح عن بعضهم ومذهب المدونة خلافه، ويحتمل أن يكون مراد المصنف أنه يشترط فيها أن يكون السماع فاشياً، سواء كان من الثقات أو من غيرهم، وهذا هو الراجح. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وتجاوز شهادة السماع الفاشي عن الثقات ظاهره أنه لا يقبل إذا كان من غير الثقات، وهو مذهب مطرف وابن الماجشون. قالوا: ولا تجوز من غير أهل العدل من سامع أو مسموع منهم، وظاهر المدونة نفي اشتراط العدالة في المنقول عنهم. قاله المازري، وروي عن ابن القاسم اشتراط العدالة في المنقول عنهم إلا في الرضاع، وقيل لا بد من السماع من غير العدول مع العدول لأن قصر السماع على العدول يخرجهم إلى نقل الشهادة عن المعينين وذلك باب آخر. انتهى.

وقال ابن عبد السلام: ذكر المؤلف في صفة هذا السماع الفشو، وأن يكون عن الثقات، فأما الفشو فمتفق عليه، وأما كونه عن الثقات فمنهم من شرطه، ومنهم من لم يشترطه؛ لأن المقصود أن يحصل للشاهد علم أو ظن يقاربه، وربما كان خبر غير العدل في بعض الأوقات مفيداً لما يفيد خبر العدل لقرائن تحتف به، ومنهم من رأى أنه لا بد من السماع من غير العدل مع العدل، [وأن كون¹⁴¹³ السماع مقصوراً على العدل يخرجهم إلى نقل الشهادة عن المعينين وذلك باب آخر. انتهى. قلت: فيحمل كلام المصنف على المحمل الثاني ليكون موافقاً لظاهر المدونة كما قاله المازري وعلى هذا قول العبدوسي في قصيدته حيث قال:

وليس من شروطها العدول بل الليف فادر ما أقول

وقال ابن غازي: لو قال عوضاً منه وليس سمعها من العدول [شرطاً]¹⁴¹⁴ بل الليف في [المنقول¹⁴¹⁵] لكان أدل على المراد.

ص: بملك لحائز [متصرف¹⁴¹⁶] طويلاً ش: أفاد بقوله لحائز أن شهادة السماع في الملك إنما تفيد للحائز فقط وأنها لا تفيد في الانتزاع. قال في التوضيح: ظاهر كلام المصنف -يعني ابن الحاجب- أن

الحديث

1411 - في المطبوع تعرفه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 ويحيى ص 93 و م ص 66 ويم ص 82 وما يابى 144.

1412 - في المطبوع ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 ويحيى ص 93 و م ص 66 ويم ص 82 وما يابى 144.

1413 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من يم 103 وسيد 28 وم 66.

1414 - في المطبوع و م 66 شرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 192 ويحيى 94 ويم 82 وما يابى 144 خرجة.

1415 - في المطبوع النقول وما بين المعقوفين من يم 103 ويحيى 437 وما يابى 145.

1416 - في المطبوع ويم ص 82 متصرفاً وما يابى 145 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 192 ويحيى ص 94 و م ص 66.

نص خليل وَقَدَّمْتُ بَيِّنَةَ الْمَلِكِ إِلَّا بِسَمَاعٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ كَأْبِي الْقَائِمِ.

شهادة السماع تكون بالملك في الانتزاع، والذي نص عليه أصحابنا أنه لا يستخرج بها من يد حائز وإنما تصح للحائز. ثم قال: وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ ما يقتضي أنه يستخرج بها من اليد، وهل يستحق بها ما ليس في حوز واحد كعفو من الأرض؟ قولان عندنا بناهما المازري على اختلاف المذهب في بيت المال هل يعد حائزا لما لا ملك له أو لا؟. انتهى. وقال ابن سلمون في كتاب الاستحقاق: ولا يقوم بشهادة السماع إلا الذي الملك بيده ولا تجوز لغيره؛ لأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز [شيئ¹⁴¹⁷] تحت يده، إلا أن تكون اليد كلا يد مثل أن يكون غاصبا [أو¹⁴¹⁸] ذا سلطان غير [مقسط¹⁴¹⁹]، وثبت أنه مال القائم أو [ورثه¹⁴²⁰] على السماع أو ثبت أيضا أنه [تصير إلى الذي تملكه¹⁴²¹] من الوجه المذكور فيستخرج من تحت يده ما يده عليه من الأملاك، ويستحق ذلك بشهادة السماع ويحكم بذلك. ذكر ذلك ابن الحاج في مسائله. انتهى. وهو كلام حسن، وأفاد المصنف بقوله: "لمتصرف طويلا" أنه إنما يشهد بالملك إذا طالت الحيازة وكان يتصرف تصرف الملاك من الهدم ونحوه ولا ينازعه أحد وأنه لا بد من الأمرين، وهكذا قاله في الجواهر، ونقله عنه في التوضيح، وذكر الشارح كلام الجواهر بأو فقال ابن شاس: وأن يشهد بالملك إذا طالت الحيازة، أو كان يتصرف تصرف الملاك من الهدم ونحوه، ثم اعترض في شرحه الكبير على المصنف بأن كلامه يقتضي أنه لا بد من مجموع الأمرين، وأنه خلاف نقل ابن شاس، وقد علمت أن كلام ابن شاس/ موافق لما قاله المصنف، ولعل ذلك وقع في نسخة الشارح من الجواهر. والله أعلم.

193

تنبيه: بينة السماع في الرهن مقتضى ما في نوازل ابن رشد في كتاب الدعاوى والخصومات أنها عاملة، وسيأتي كلامه في آخر الباب عند قول المصنف: "وإن حاز أجنبي".
ص: وقدمت بينة الملك ش: يعني أنه إذا شهدت بالملك بينة بالسماع، وشهدت بينة أخرى بالملك لشخص آخر بالقطع فيينة الملك التي قطعت مقدمة على بينة السماع.
ص: إلا بكسماع أنه اشتراها من كأبي القائم ش: تصوره من كلام الشارح واضح، والمسألة مبسطة في المدونة في كتاب الشهادات في الشهادة على السماع، ومثل الشراء منه أنه تصدق بها عليه أو وهبها له كما ستقف عليه في كلام ابن رشد في شرح أول مسألة من رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، ونص مسألة السماع وسألته عن رجل غاب عن داره أو أرضه فدخلها رجل بعد غيبته فسكنها زمانا، ثم مات عنها وبقي ورثته فيها، وقدم الغائب فادعى ذلك وأصله معروف له والبينة تشهد أنه إنما دخل فيها الميت بعد مغيب هذا وإن كان يختلف إن كان سمع من الهالك يذكر أنه اشترى أو لم يسمع ذلك منه، طال زمان ذلك أو لم يطل. قال ابن القاسم: القادم أولى بها إذا كان

الحديث

- 1417 - في المطبوع ومايأبى 145 شيئا ويحيى ص 94 ويم ص 103 و م ص 66 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 192.
1418 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 192 ويحيى ص 94 و م ص 66 ويم ص 82 ومايأبى 145.
1419 - في المطبوع مسقط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 192 ويحيى ص 94 و م ص 66 ويم ص 82 ومايأبى 145.
1420 - في المطبوع ويحيى ص 94 ويم 82 ومايأبى 145 أورثته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 192 وم 66.
1421 - في المطبوع ومايأبى 145 يحيى ص 94 ويم ص 82 وم ص 66 يصير إلى الذي يملكه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 192.

نص خليل ووقف.

متن الخطاب على ما ذكرت كان الرجل فيها حيا أو ميتا، ولا يلتفت إلى ما كان يسمع من الداخل الهالك يذكر أنه اشترى إلا أن يكون للداخل بينة على الشراء أو هبة أو صدقة أو سماع صحيح على ما اشترى مع طول الزمان وتقدمه. قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها من أنه لا حيازة على غائب، فإذا قدم والأصل معروف له وشهدت له البينة بدخول الميت فيها بعد مغيبه كما ذكرت كان على [ورثته¹⁴²²] البينة على ما ادعوا من شراء أو صدقة أو هبة أو سماع على ذلك فيما طال من السنين. انتهى. فقول ابن رشد أو سماع على ذلك شامل للشراء والصدقة والهبة. والله أعلم.

ص: ووقف ش: أي لحائز كما قاله في التوضيح وغيره ولا يشترط فيها تسمية المحبس ولا إثبات ملكه بخلاف ما لو شهدا على الحبس بالقطع فإنه لا يثبت الحبس حتى يشهدوا بالملك للمحبس. قاله في التوضيح. قال ابن سهل في أحكامه الصغرى والكبرى: كيفية الشهادة بالسماع في الأحباس أن يشهد الشاهد أنه يعرف الدار التي بموضع كذا وحدها كذا، وأنه لم يزل يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين عاما متقدما لتاريخ شهادته هذه سماعا فاشيا مستفيضا من أهل العدل وغيرهم أن هذه الدار وهذا الملك حبس على مسجد كذا أو على المرضى بحاضرة كذا [أو على فلان¹⁴²³] وعقبه أو حبس لا غير وأنها كانت محترمة بحرمة الأحباس [ويحوزها¹⁴²⁴] [بالوقوف¹⁴²⁵] إليها [والتعيين¹⁴²⁶] لها بهذا جرى العمل في أداء هذه الشهادة. زاد في الكبرى: فإذا أدبت هكذا وكان الشهود بها شاهدين فصاعدا حكم بها بعد حيازة الشهود بتحبيسه والإعذار إلى من يعترض فيه ويدعيه. قال ابن القاسم في سماع عيسى في حبس العتبية: إذا شهد رجلان أنهما كانا يسمعان أن هذه الدار حبس جازت شهادتهما وكانت حبسا على المساكين إن كان لم يسم أحدا. انتهى./

194

تنبيه: استفيد من هذه المسألة النص في أن مصارف الحبس [وشروط¹⁴²⁷] الواقف تثبت بشهادة السماع، ونص على ذلك أيضا في كتاب الشهادات من المدونة. قال: وسئل مالك عن قوم شهدوا على السماع في حبس على قوم أنهم يعرفون أن من مات منهم لا يدخل في نصيبه زوجته وتهلك ابنة الميت فلا يدخل فيه ولدها ولا زوجها؟ فقال: أراه حبسا ثابتا وإن لم يشهدوا على أصل الحبس ولم يذكروا ذلك كله وذكروا في السماع ما يستدل به فذلك جائز. انتهى.

الحديث

1422 - في المطبوع ورثة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 193 ويحيى ص 94 و م ص 67 لورثته ويم ص 82 ومايأبى 146.
 1423 * - في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من م 67 ويم 103 ويحيى 437 وسيد 28 ومايأبى 146.
 1424 * - في المطبوع وتحوزهما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1425 - في المطبوع و م ص 67 ويم ص 82 بالوقف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 193 (ويحيى ص 94 ويجوز أنها بالوقف) ومايأبى 146 وتجوزونها بالوقوف.
 1426 - في المطبوع و م ص 67 والتبيين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 193 ومايأبى 146 ويحيى ص 94 ويم ص 82.
 1427 - في المطبوع وصروف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 ويحيى ص 94 و م ص 67 ويم ص 82 ومايأبى 146.

وَمَوْتٍ يُبْعَدُ إِنْ طَالَ الزَّمَانُ بِلَا رِيْبَةٍ وَحَلَفَ وَشَهِدَ اثْنَانِ كَعَزْلٍ وَجَرَحٍ وَكُفْرٍ وَسَفَهٍ وَنِكَاحٍ وَضِدْهَا وَإِنْ
بِخُلْعٍ وَضَرَرِ زَوْجٍ وَهَبَةٍ وَوَصِيَّةٍ وَوَلَادَةٍ وَحِرَابَةٍ وَإِبَاقٍ وَعُدْمٍ وَأَسْرٍ وَعِتْقٍ وَلَوْثٍ وَالتَّحْمُلُ إِنْ افْتَقَرَ إِلَيْهِ
فَرَضُ كِفَايَةٍ.

نص خليل

ص: وموت يبعد ش: قيد البعد راجع إلى قوله: "وموت".

متن الخطاب

ص: وشهد اثنان ش: قال ابن يونس في كتاب الشهادات: ومن كتاب الشهادة: قال ابن القاسم:
وأما إن شهد شاهد واحد على السماع لم يقض له بالمال وإن حلف؛ لأن السماع نقل شهادة، ولا
يجوز¹⁴²⁸ [شهادة واحد على شهادة غيره. انتهى. وقال أبو الحسن: بل أضعف من نقل الشهادة،
وانظر الدماميني في حاشية البخاري في الشهادة على الإنسان والموت القديم والرضاع، وانظر في مسائل
الأقضية والشهادات من البرزلي ورود كتاب المسافرين بأن فلانا مات ونحو ذلك؟

ص: وعنتق ش:

195

مسألة: عد ابن جزى في المواضع التي تجوز فيها الشهادة بالسماع الفاشي الحرية. والله أعلم.
ص: والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية ش: قال ابن عرفة: التحمل عرفا علم ما يشهد به
بسبب اختياري. فيخرج علمه دونه كمن قرع أذنه صوت مطلق ونحوه من قول يوجب على قائله
حكما، فالمعروض للتكليف به الأول لا الثاني، وهو فرض كفاية. ثم قال: والأداء عرفا إعلام الشاهد
الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به، وقال ابن رشد في شرح المسألة الثالثة والعشرين من
رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من الجامع: من دعي أن يشهد على أمر جائز أو مستحب أو
واجب فالإجابة عليه فرض من فروض الكفاية ومن دعي أن يشهد على مكروه فيكره له أن يشهد
عليه، ومن دعي أن يشهد على حرام فلا يحل له أن يشهد عليه. انتهى.

وقال الدماميني في كتاب الشهادات في قوله عليه الصلاة والسلام: {لا أشهد على جور¹} : قال
المهلب: في الحديث من الفقه أن الإنسان لا يضع اسمه في وثيقة لا تجوز، ومن العلماء من رأى جوازه
بقصد الشهادة على الممنوع ليرد. قال ابن المنير: إنما يريد لا يضع خطه في وثيقة بظاهر الجواز مع أن
الباطن باطل، وأما المساطير التي تكتب لإبطال المفاصد بصيغة الاستدراك لا البناء فلا خلاف ولا خفاء
في وجوب وضع الشهادة فيها، ولو وضع شهادته في وثيقة كتبت بظاهر الجواز والعقد فاسد. زاد في
خطه فقال: والأمر بينهما في ذلك محمول على ما يصححه الشرع من ذلك أو يبطله، ومثل هذا الموضع
لا يكاد يختلف فيه. انتهى. وانظر الواضحة في الكلام على شهادة الشاهد بما لا يرى جوازه، ونقله
ابن فرحون في التبصرة في فصل تنبيه القاضي على أمور عند أداء الشهادة، وتقدم كلامه عند قول
المصنف: "وليخبر بها" وانظر كلام الرجراجي في أجر قسام القاضي في كتاب الشهادة فإنه تكلم على
أخذ الشهود الأجرة على الشهادة.

196

1 - البخاري، الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2650.

الحديث

¹⁴²⁸ - في المطبوع ولا يجوز نقل شهادة وما بين المعرفين من ن عدود ص 194 وما يابى 146 (ولا تجوز شهادة واحدة)
ويحى ص 95 و م ص 67 ويم ص 82.

نص خليل

وَتَعَيَّنَ الْأَدَاءُ مِنْ كَبَرِ دَيْنٍ وَعَلَى ثَالِثٍ إِنْ لَمْ يُجْتَزَ بِهِمَا وَإِنْ انْتَفَعَ فَجَرَحُ إِلَّا رُكُوبَهُ لِعُسْرِ مَشْيِهِ وَعَدَمِ دَابَّتِهِ لَا كَمَسَافَةِ الْقَصْرِ وَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ مِنْهُ بِدَابَّةٍ وَنَفَقَةٍ وَحَلَفَ بِشَاهِدٍ فِي طَلَاقٍ وَعَتَقَ لَا نِكَاحٍ فَإِنْ نَكَحَ حُبْسَ وَإِنْ طَالَ دَيْنٌ وَحَلَفَ عَبْدٌ وَسَفِيهٌ مَعَ شَاهِدٍ لَا صَبِيٍّ وَأَبُوهُ وَإِنْ أَنْفَقَ وَحَلَفَ مَطْلُوبٌ لِيُتْرِكَ بِيَدِهِ وَأُسْجِلَ لِيُحْلِفَ إِذَا بَلَغَ كَوَارِثُهُ قَبْلَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَكَالٌ أَوَّلًا فَبِي حَلْفِهِ قَوْلَانِ وَإِنْ نَكَالَ اكْتَفَى بِبَيِّنِ الْمَطْلُوبِ الْأُولَى وَإِنْ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ ثُمَّ أَتَى بِآخَرٍ فَلَا ضَمٌّ وَفِي حَلْفِهِ مَعَهُ وَتَحْلِيفِ الْمَطْلُوبِ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ قَوْلَانِ وَإِنْ تَعَدَّرَ يَمِينُ بَعْضِ كَشَاهِدٍ بِوَقْفٍ عَلَى بَنِيهِ وَعَقِبِهِمْ أَوْ عَلَى الْفُقَرَاءِ حَلَفَ وَإِلَّا فَحُبْسٌ فَإِنْ مَاتَ فَبِي تَعْيِينِ مُسْتَحِقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ الْأَوَّلِينَ أَوْ الْبَطْنِ الثَّانِي تَرَدُّدٌ وَلَمْ يُشْهَدْ عَلَى حَاكِمٍ قَالَتْ ثَبَتَ عِنْدِي إِلَّا بِأَشْهَادٍ مِنْهُ كَأَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِي أَوْ رَأَى يُؤَدِّيَهَا إِنْ غَابَ الْأَصْلُ وَهُوَ رَجُلٌ بِمَكَانٍ لَا يَلْزَمُ الْأَدَاءُ مِنْهُ وَلَا يَكْفِي فِي الْحُدُودِ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ أَوْ مَاتَ أَوْ مَرَضَ.

متن الخطاب

ص: وتعين الأداء ش: تصويره ظاهر.

مسألة: قال في النوادر في كتاب الشهادات: من كان يشهد بدين فشهد عنده شاهدان بقضائه أو رجل وامرأتان أنه لا يشهد قيل له فإن أخبره شاهد واحد؟ فوقف وقال: ما تبين لي. انتهى.¹⁴²⁹
ص: وحلف بشاهد في طلاق وعتق ش: يريد أو امرأتين. قاله في التوضيح، [ونقله¹⁴²⁹] ابن عرفة عن المدونة، وتكلم في شهادة النساء من قرابتها في ذلك، [وذكر في ذلك¹⁴³⁰] قولين مذهب المدونة أنها لا تجوز فأنظره، ونص على ذلك في أواخر العتق الثاني من المدونة، وانظر في ابن عرفة أيضا إذا شهد شاهد في زنا أو قذف أو سكر ونحوه.

ص: وحلف عبد وسفيه مع شاهده ش: فإن نكل السفیه وحلف المطلوب ثم رشد السفیه فهل له/ أن يحلف الآن مع شاهده أم لا؟ قولان. قال ابن القاسم لا يحلف، وأما العبد فقال ابن عرفة: قال اللخمي: إن كان بمال وهو مأذون له فهو كالحر إن نكل حلف المطلوب وبرئ؛ ولا مقال لسيفه، وإن كان غير مأذون له حلف واستحق، فإن نكل حلف سيده واستحق، ثم نقل عن ابن رشد نحوه. /

ص: ولم يشهد على حاكم قال ثبت عندي إلا بإشهاد ش: مسألة: قال الباجي في المنتقى: اختلف قول مالك في الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين ويشترطان عليهما أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة فروى ابن القاسم عن مالك يمتنعان من الشهادة ولا يعجلان، فإن اصطاح المتداعيان وإلا فليؤديا الشهادة، وروى عنه ابن نافع لا أرى بامتناعهما من الشهادة بأسا، وقال الشيخ أبو إسحاق: لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم، وكذلك شهادة من توسط بين اثنين. انتهى من ترجمة الشهادات. وذكر في النوادر القولين في الترجمة الثانية من كتاب الشهادات وزاد في القول الأول كنت أحب أن لا يقبل؛ يعني أن لا يدخل على الشرط المذكور. ثم قال بعد أن ذكر

الحديث

1429 - في المطبوع ونقل وما بين المعقوفين من ن الزايد ص196 ويحيى ص95 و م ص67 ويم ص83 ومايaby147.
1430 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص196 ويحيى ص95 و م ص67 ويم ص83 ومايaby147.

نص خليل
وَلَمْ يَطْرَأْ فَسَقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ بِخِلَافٍ جِنَّ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ أَصْلُهُ قَبْلَ الْحُكْمِ وَإِلَّا مَضَى بِلَا غُرْمٍ وَنَقَلَ عَنْ كُلِّ اثْنَانِ لَيْسَ أَحَدُهُمَا أَصْلًا وَفِي الزَّنا أَرْبَعَةٌ عَنْ كُلِّ أَوْ عَنْ كُلِّ اثْنَيْنِ اثْنَانِ وَلَفَّقَ نَقْلُ بَأَصْلٍ وَجَارَ تَرْكِيبُهُ نَاقِلٍ أَصْلُهُ وَنَقَلَ امْرَأَتَيْنِ مَعَ رَجُلٍ فِي بَابِ شَهَادَتِهِنَّ.

متن الخطاب
قول ابن نافع: قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وإذا أدخل بينهما رجلين على أن لا يشهدا عليهما فذكرنا نحو قول مالك الخ، وذكر ابن فرحون في الباب الحادي والخمسين قول ابن القاسم وقول ابن نافع وجعل كل واحد منهما فرعاً مستقلاً وليس كذلك، ونقلهما عن المقنع لابن بطال وكلام صاحب المقنع لا يقتضي ذلك، وما ذكره الباجي عن الشيخ أبي إسحاق فالظاهر أنه اختيار منه لرواية ابن نافع، واقتصر عليه صاحب المسائل الملقوطة؛ أعني ما ذكره الباجي عن الشيخ أبي إسحاق، ونصه: شهادة المتوسط الذي يدخل بين اثنين بالصلح لا تجوز وإن استوعب كلامهما من الكافي لابن عبد البر والمنتقى للباجي الخ.
ص: ولم يطرأ فسق أو عداوة بخلاف جن ش: يعني أن طرو الفسق والعداوة على الأصل قبل أداء الفرع يبطل شهادة الفرع، بخلاف طرو الجنون على الأصل فإنه لا يبطل شهادة الفرع، وإذا طرأ على الأصل تهمة القربة كأن يتزوج الشاهد المنقول عنه المرأة المشهود لها أو العكس فقال ابن عرفة: ولما كان تمام شهادة النقل بأداء ناقلها عنه كان طرو مانع شهادة الأصل قبل أداء ناقلها [كطرو¹⁴³¹] المانع على [شاهد¹⁴³²] قبل أداء شهادته أو بعده وقبل الحكم بها، والأول واضح، والثاني تقدم حكمه عن المازري، وتقدمت الرواية بأن حدوث سبب العداوة بعد تقييد شهادة الشاهد لا يمنع القضاء بها؛ لأن أداء شهادته قبل صيرورته عدواً لا يوجب تهمة، ومنع بعض العلماء القضاء بما نقل عن صار عدواً للمشهود عليه؛ لأنه رأى ظهور عداوته يشعر بمقدمات وسوابق.
قلت: ظاهر كلام المازري أن المذهب عدم سقوط شهادة المنقول عنه بحدوث عداوته بعد سماع ناقلها منه وقبل أداء ناقلها، كحدوث ذلك بعد أدائها للحاكم قبل نفوذ حكمه، ولا يخفى أن أداءه أدل على ثبوتها من سماعها للنقل عنه، ولذا قال ابن شاس: إذا طرأ على الأصل فسق أو عداوة أو ردة امتنعت شهادة الفرع. قال المازري: وحدوث فسق الأصل بعد سماع النقل عنه وقبل أدائه يبطل شهادته، وأشار بعض أصحابنا إلى أن الفسق إن كان مما يخفى ويكتم كالزنا أشعر [بسوابق¹⁴³³] متقدّمات تمنع العدالة، وإن كان مما [يجاهر¹⁴³⁴] به كالقتل لم يشعر بأنه كان قبل طرو ذلك كذلك. قال: ولو انتقل من طرأ فسقه لعدالة ففي صحة النقل عنه بالسماع منه أولاً أو بسماع منه بعد انتقاله خلاف بين الناس. اهـ كلام ابن عرفة.

الحديث

1431 - في المطبوع لطرو ومايأبى 148 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 199 ويحيى ص 95 و م ص 68 ويم ص 83.

1432 - في المطبوع شاهده وما بين المعقوفين من ن عدود ص 199 ويحيى ص 95 و م ص 68 ويم ص 83 ومايأبى 148.

1433 - في المطبوع أشعر بسابق متقدمت تمنع ويحيى ص 95 (وم ص 68 ويم ص 83 أشعر بمقدمات) (ومايأبى أشعر

سابق متقدماً تمنع) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 199.

1434 * - في المطبوع تجاهر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 95 وسيد وم 68

ومايأبى 142.

نص خليل

وَأِنْ قَالَا وَهْمَنَا بَلْ هُوَ هَذَا سَقَطْنَا وَتُقِضَ إِنْ ثَبَتَ كَذِبُهُمْ كَحَيَاةٍ مَنْ قُتِلَ أَوْ جَبَهُ قَبْلَ الزَّنا لَا رُجُوعُهُمْ وَغَرِمَا مَالًا وَدِيَّةً وَلَوْ تَعَمَّدَا وَلَا يُشَارِكُهُمْ شَاهِدَا الْإِحْصَانِ فِي الْغَرَمِ كَرُجُوعِ الْمُزْكِيِّ وَأَدْبَا فِي كَقَذْفٍ وَحُدَّ شُهُودُ الزَّنا مُطْلَقًا كَرُجُوعِ أَحَدِ الْأَرْبَعَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَهُ حُدَّ الرَّاجِعُ فَقَطَّ.

متن الخطاب

ص: وإن قالوا وهمنا بل هو هذا سقطنا ش: هذا شروع منه رحمه الله في الكلام على الرجوع عن الشهادة. قال ابن عرفة: الرجوع عن الشهادة هو انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به دون نقيضه؛ فيدخل انتقاله إلى شك على القول بأن الشاك حاكم أو غير حاكم، والأول قول [الأصبهاني¹⁴³⁵] شارح المحصول، والثاني للقرافي، وقيد بعد أداء شهادته [هو¹⁴³⁶] ظاهر الروايات، وظاهر لفظ المازري صدقه على ما قبل الأداء فعليه يحذف لفظ بعد أداء الشهادة الخ، وقال في الطراز في أثناء الجزء التاسع في ترجمة وثيقة تجريح بعداوة: لو شهد الشاهد ثم قال بالله الذي لا إله إلا هو ما شهدت إلا بالحق؛ لكني أرجع عن شهادتي فلا يقضى بها [فأفتى ابن خزيمة¹⁴³⁷] وأصبع بن سعيد أنه يقضى بها، وليس هذا برجوع، والرجوع أن يكذب نفسه ويدخله الشك، وأفتى ابن زرب أنه لا يقضى بها، لأنه إن كان رجع عن حق علمه فقد فعل ما لا يجوز له وأسقط شهادته. [انتهى.¹⁴³⁸] وينبغي أن يفصل في ذلك بين العامي الذي يجهل حرمة ذلك فلا ترد شهادته، وبين غيره ممن يعلم ذلك. والله أعلم.

200

ص: لا رجوعهم ش: انظر قوله في كتاب القذف من المدونة: وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا إلا بالزور [درأ¹⁴³⁹] الحد الخ. والله أعلم.

ص: ولا يشاركونهم [شاهدا¹⁴⁴⁰] الإحصان ش: ظاهره سواء رجعا وحدهما أو مع شهود الزنا أو مع رجوع الكل وهو المشهور، وقيل يجب على كل واحد منهما سدس الدية وباقيها على بينة الزنا، وقيل على كل واحد من شاهدي الإحصان ربعها وباقيها على بينة الزنا. قال المازري: ولو رجع أحد شهيدي الإحصان فعلى الأول لا غرم عليه، وعلى الثاني يغرم سدس الدية، وعلى الثالث يغرم ربعها.

201

نقله ابن عرفة. انتهى. وعلى هذا فلو رجعا وحدهما فلا شيء عليهما على الأول المشهور. والله أعلم. / ص: كرجوع المزكي ش: يعني أن رجوع المزكيين عن تزكية من [زكياه لا يوجب عليهما¹⁴⁴¹] غرما وظاهره سواء رجعا وحدهما أو مع شهود الأصل وهو كذلك. قال في النوادر من كتاب ابن سحنون: قال سحنون: وإن شهد رجلان بحق والقاضي لا يعرفهما، فزكاهما رجلان فقبلهما القاضي وحكم بالحق ثم

الحديث

1435 * - في المطبوع الفاكهاني وما بين المعقوفين من سيد29 ويم104 ومايأبي148 وم68.

1436 * - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من سيد29 ومايأبي148 وم68 ويم104.

1437 - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من ن عدود ص200 وم68 ويم83 ومايأبي148.

1438 - في المطبوع الخ وما بين المعقوفين من ن عدود ص200 وم68 ويم83 ومايأبي148.

1439 - في المطبوع درأت وما بين المعقوفين من ن عدود ص200 ويحيى ص96 وم ص68 ومايأبي148. علق عليها

الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب درئ وهو الذي في يم104.

1440 - في المطبوع ومايأبي148 ويحيى ص96 ويم ص84 شاهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص200 وم ص68.

1441 * - في المطبوع زكوه لا توجب عليهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

وَأَنْ رَجَعَ اثْنَانِ مِنْ سِتَّةٍ فَلَا غُرْمَ وَلَا حَدٌّ إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ أَنَّ أَحَدَ الْأَرْبَعَةِ عَبْدٌ فَيَحْدُ الرَّاجِعَانِ وَالْعَبْدُ
وَعَرِمًا فَقَطُّ رُبْعَ الدِّيَةِ ثُمَّ إِنْ رَجَعَ ثَلَاثٌ حُدُّ هُوَ وَالسَّابِقَانِ وَغَرِمُوا رُبْعَ الدِّيَةِ وَرَابِعٌ فَيَنْصَفُهَا وَإِنْ رَجَعَ
سَادِسٌ بَعْدَ فِتْنَةٍ وَعَيْنِهِ وَخَامِسٌ بَعْدَ مُوَضِّحَتِهِ وَرَابِعٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فَعَلَى الثَّانِي خُمُسُ الْمُوضَحَةِ مَعَ سُدُسِ
الْعَيْنِ كَالْأَوَّلِ وَعَلَى الثَّلَاثِ رُبْعُ دِيَةِ النَّفْسِ فَقَطُّ وَمَكَّنْ مَدْعٍ رُجُوعًا مِّنْ بَيِّنَةٍ كَيِّمِينَ إِنْ أَتَى يَلْطُخُ وَلَا
يُقْبَلُ رُجُوعُهُمَا عَنِ الرُّجُوعِ وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ بِكَذِبِهِمْ وَحَكَمَ فَالْقِصَاصُ وَإِنْ رَجَعَا عَنْ طَلَاقٍ فَلَا غُرْمَ
كَعَفْوِ الْقِصَاصِ إِنْ دَخَلَ وَلَا فَيَنْصَفُهُ كَرُجُوعِهِمَا عَنْ دُخُولِ مُطْلَقَةٍ وَاخْتَصَّ الرَّاجِعَانِ بِدُخُولِ عَنِ الطَّلَاقِ
وَرَجَعَ شَاهِدَا الدُّخُولِ عَلَى الزَّوْجِ يَمُوتِ الزَّوْجَةُ إِنْ أَنْكَرَ الطَّلَاقَ وَرَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهِمَا.

رجع المزكيان [للبيئة¹⁴⁴²] وقالوا زكينا غير عدلين [وما لا¹⁴⁴³] يزكى مثله فلا ضمان عليهما؛ لأن
الحق أخذ [بغيرهما¹⁴⁴⁴] ومن لو شاء لم يشهد، ولو رجع الشاهدان ومن زكاهما لم يغرم إلا
الشاهدان إذ لو شاء لم يشهدا [فبهما¹⁴⁴⁵] قام الحق. قاله ابن الماجشون في كتابه. اهـ من ترجمة
الرجوع عن الشهادة في التعديل. والله أعلم.

متن الحطاب

ص: وإن رجع اثنان من ستة فلا غرم الخ ش: قال في التوضيح: نحوه في كتاب محمد، وفي
المدونة إن علم بعد الرجم أو الجلد أن أحدهم عبد حد الشهود [جميعا،¹⁴⁴⁶] وإن كان مسخوطا لم
يحد واحد منهم؛ لأن/ الشهادة قد تمت باجتهاد الإمام في عدالتهم ولم تتم في العبد وتصير من خطإ
الإمام فإن لم يعلم الشهود كانت الدية في الرجم على عاقلة الإمام، وإن علموا فذلك على الشهود في
[أموالهم¹⁴⁴⁷] ولا شيء على العبد في الوجهين، فإن قيل هل ما في الكتابين مخالف فيتخرج في
المسألتين خلاف أم لا قيل يحتتمل أن يقال مسألة المدونة انتقض الحكم فيها لظهور كون الراجع من
الشهود عبدا، وإذا انتقض وجب حد الثلاثة الباقيين، وأما مسألة الموازية فإن الحكم لم ينتقض؛ لأن
قصارى الأمر أنه شهد خمسة وأقيم الحد فرجع اثنان وذلك غير موجب لنقض الحكم، فلماذا لم تحد
الثلاثة الباقيون، فإن قلت كان ينبغي علي ما في الموازية أن يسقط الحد عن العبد. قلت: قذف العبد
للمشهود عليه سابق على حد الزنا فلعله إنما كان مطالبا به وقد ظهرت الشبهة في زنا المشهود عليه
برجوع بعض الشهود استصحب القذف، ووجب حد العبد، والمسألة مع ذلك مشكلة. انتهى.
ص: وإلا فنصف ش: يعني وإن رجع الشاهدان بالطلاق عن شهادتهما وكانت المرأة غير مدخول
بها [فعليهما¹⁴⁴⁸] نصف الصداق.

202

الحديث

1442 - في المطبوع بالبيئة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 201 وميaby 149 وم 68 ويحيى 439 ويم 105.

1443 * - علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب ومن لا.

1444 - في المطبوع لغيرهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 201 ويم 105 ويحيى 439 وميaby 149 وم 68.

1445 - في المطبوع فيهما وميaby 149 ويم 105 وم 68 ويحيى 439 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 201.

1446 * - في المطبوع أجمع وما بين المعقوفين من التوضيح ج 3 ص 436.

1447 - في المطبوع أحوالهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 202 و م ص 68 ويم 84 وميaby.

1448 - في المطبوع و م ص 68 فعليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 202 ويحيى ص 96 ويم ص 84 وميaby 149.

نص خليل

بِمَا فَوَّتَاهُ مِنْ إِرْثٍ دُونَ مَا غَرِمَ وَرَجَعْتَ عَلَيْهِمَا بِمَا فَوَّتَاهُ مِنْ إِرْثٍ وَصَدَاقٍ وَإِنْ كَانَ عَنْ تَجْرِيحٍ أَوْ تَغْلِيظٍ شَاهِدِي طَلَاقٍ أَمَةٍ غَرِمَا لِلْسَّيِّدِ مَا نَقَصَ بِرُزْجِيَّتَيْهَا وَلَوْ كَانَ بِخُلْعٍ بِثَمَرَةٍ لَمْ تَطْبُ أَوْ آبِقٍ فَالْقِيَمَةُ حِينَئِذٍ كَالِإِتْلَافِ بَلَا تَأْخِيرٍ لِلْحُصُولِ فَيَغْرَمَ الْقِيَمَةَ حِينَئِذٍ.

متن الخطاب

قال ابن عبد السلام: والمصنف نص في المدونة على أنهما يغرمان نصف الصداق وسكت عن يستحقه. قال ابن عرفة: وفيها إن رجعا بعد قضاء قاض عن شهادتهما بالطلاق قبل البناء فعليهما نصف الصداق. عياض: كذا قيدنا في الأصل قال بعض الشيوخ: لم يبين لمن هذا النصف، وحمله أكثر الشيوخ على أن غرمة للزوج وكذا جاء مفسرا في كتاب العشور من الأسمعة وحمله غير واحد على أن غرمة للمرأة ليكمل لها صداقها الذي أبطلاه عليها بالفراق قبل الدخول، وعليه اختصر المسألة القرويون؛ قالوا وهو مقتضى النظر والقياس؛ لأن غرمة للزوج لا وجه له إذ النصف عليه متى حصل الفراق قبل الدخول، وأشهب وسحنون لا يريان عليهما من المهر شيئا. انتهى. ونحوه في التوضيح وابن عبد السلام إلا أن هذا أتم.

قال في التوضيح بعد ذكر خلاف الشيخ المتقدم: وانظر كلامه في المدونة على كل من التأويلين فإنه مبني على خلاف ظاهر المذهب أن المرأة تملك بالعقد نصف الصداق، وأيضا فإنه لا يلتزم مع ما في المسألة الآتية بعد هذه وهي قوله: "ولو رجعا في شهادة الدخول في مطلقة لغرما نصف [الصداق].¹⁴⁴⁹ انتهى. [واعلم أن قوله: "على كل من التأويلين" ليس بظاهر؛ لأنه على التأويل الثاني لا مخالفة فيه لقولهم إنها تستحق بالعقد النصف ويلتزم مع المسألة الثانية/ بلا كلام فتأمل، وعلى التأويل الأول فهو جار على القول بأنها لا تملك بالعقد شيئا، وهذا القول أحد المشهورين في كلامه في المختصر، وذكر في التوضيح أن صاحب الجواهر وابن راشد القفصي صرحا بأنه المشهور فاعلم ذلك. والله أعلم.

203

ص: بما فوتها من إرث وصداق ش: يعني نصف الصداق.
ص: وإن كان عن تجريح أو تغليظ شاهدي طلاق أمة ش يجوز في تجريح التنوين، بل الغالب في مثله الذي لا يحتاج إلى شرط، ويجوز حذف التنوين للإضافة؛ لأن شروط ذلك موجودة. والله أعلم.
تنبيهه: قال ابن عبد السلام: وهذا الصحيح إذا كان السيد مدعيا للطلاق أو غير مكذب للشهود، وإن كان مكذبا للشهود فلا يرجع على شاهدي التجريح بشيء لأنه موافق لهما فيما شهدا به. والله أعلم.
ص: فالقيمة حينئذ كالإتلاف ش: يعني [قيمة¹⁴⁵⁰] الثمرة على الرجاء والخوف وقيمة الآبق والبعير الشارد على أقرب صفتها، فإن ظهر أنه كان ميتا قبل الخلع لم يكن عليهما شيء، ولو ظهر أنه أصابه عيب قبل الخلع لم يلزمهما إلا قيمته كذلك، ويستردان ما يقابل العيب. قاله ابن عبد السلام وابن عرفة وبعضه في التوضيح.

ص: بلا تأخير للحصول فيغرم القيمة حينئذ ش: يشير بهذا إلى القول الثاني الذي يقول تؤخر الغرامة حتى تجز الثمرة ويوجد الآبق والشارد فتؤخذ القيمة حينئذ. ابن عرفة: قال محمد: بل قيمتها يوم جذها الزوج. انتهى.

وقال ابن الحاجب: وقال محمد يؤخر الجميع للحصول فيغرم ما يحصل. انتهى.

الحديث

¹⁴⁴⁹ * - في المطبوع وأيضا فإنه مخالف والمثبت من يحيى 439 وميaby 149 ويم 205 وم 68.

¹⁴⁵⁰ * - في المطبوع بقيمة وما بين المعوقين من سيد 29 ويحيى 439 وفي يم 105 وم 69 يعني قيمة الثمرة ص 203.

نص خليل
عَلَى الْأَحْسَنِ وَإِنْ كَانَ يَبْتَقِي غَرَمًا قِيمَتَهُ وَوَلَاؤُهُ لَهُ وَهَلْ إِنْ كَانَ لِأَجَلٍ يَغْرَمَانِ الْقِيَمَةَ وَالْمَنْفَعَةَ إِلَيْهِ لَهُمَا
أَوْ تُسْقَطُ مِنْهَا الْمَنْفَعَةُ أَوْ يُخَيَّرُ فِيهِمَا أَقْوَالٌ.

متن الخطاب
ص: على الأحسن ش: راجع إلى القول الأول، ويشير إلى قول ابن راشد القفصي وقول عبد الملك
أقيس. انتهى من التوضيح. والله تعالى أعلم.

204
ص: وإن كان يعتق غرما قيمته ش: وإن كان الرجوع عن/ شهادة يعتق بعد الحكم به نفذ ذلك،
سواء كان [المعتق]¹⁴⁵¹ عبدا أو أمة. ابن عرفة عن كتاب ابن سحنون: إلا أن الأمة إن علمت أن البينة
شهدت بزور فلا يحل لها أن تبيع فرجها، وإن لم تعلم فذلك لها. انتهى. وإن استمر السيد مقيما على
الجحد وطلب من الشاهدين الراجعين قيمة المشهود بعثته غرما قيمته. انتهى.

ص: وإن كان ببينة فلا غرم إلا بعد أخذ المال بإرث ش: تصوره من شارحه ظاهر.
تنبيهان: الأول: انظر لو كان الابن صغيرا يلزم الأب نفقته فهل يرجع الأب على الشاهدين بالنفقة؟
لم أر فيه نصا، والظاهر الرجوع، وهو الذي يظهر من كلام البساطي. والله أعلم.
الثاني: قوله: "بإرث" احتراز به مما لو أخذه بدين له أو غصب أو غير ذلك فلا غرم على الشاهدين.
قاله البساطي. [والله أعلم.¹⁴⁵²]

205
ص: وترك آخر ش: تصوره واضح، ولم يفرع المؤلف على ما إذا تركه فقط ولم يترك ولدا آخر،
 وذكره ابن الحاجب/ فقال: ولو لم يترك غير [المستلحق]¹⁴⁵³ والمال مائتان وكانت القيمة المأخوذة
مائة أخذ [المستلحق]¹⁴⁵⁴ مائة وبيت المال مائة، ثم غرم الشاهدان مائة أخرى التي فوتها، فلو طرأ
دين مائة أخذت من [المستلحق]¹⁴⁵⁵ ورجع الشاهدان بمائة على من غرمها له. انتهى. وانظر لو طرأ
دين أكثر من مائة هل يؤخذ الفاضل [عن المائة]¹⁴⁵⁶ التي بيد الولد من مائة القيمة التي بيد الورثة،
أو بيد نائب بيت المال؟ لم أر الآن التصريح به، والظاهر الأخذ أخذا من المسألة التي بعد هذه في كلام
المؤلف بالأحرورية، وإنما تركوا التصريح به لوضوحه. والله أعلم.

ص: أخذ من كل نصفه وكامل بالقيمة ش: ويؤخذ منه لغز وهو أن ذكرين يأخذ أحدهما ثلث تركه
والده والآخر الثلثين، وإن طرأ دين على أبيهما غرماه بالسوية هي هذه المسألة إذا فرض مخلف الأب
ثلثمائة فمائة للقيمة، وللدين الطارئ مائتان فأقل. والله أعلم. قال البساطي: وإنما قدم الوفاء من
المال على القيمة لأنه محقق للميت بخلاف القيمة. والله أعلم.

ص: ورجعا على الأول بما غرمه العبد [للغريم]¹⁴⁵⁷ ش: بما غرمه العبد للغريم كقول ابن
الحاجب: "بما غرمه المستلحق للغريم" ولو عبر المؤلف بالملحق كما فعل ابن الحاجب لكان أوضح،
لكن الشارح عبر عن هذا المعنى كما عبر ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح بقولهما: ثم يرجع

الحديث

1451 - في المطبوع المعتوق وما بين المعقوفين من سيد29 ويم105 ويحيى440.

1452 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص204 و يحيى ص97 و م ص69 ويم ص84 ومايaby150.

1453 - في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من سيد29.

1454 - في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من سيد29.

1455 - في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من سيد29.

1456 - في المطبوع على المائة وما بين المعقوفين من سيد29 ويم105 ومايaby150 وم69 ويحيى440.

1457 - في المطبوع الثاني وما بين المعقوفين من ن عود ص205 ويحيى ص97 و م ص69 ويم ص84 ومايaby150.

نص خليل

وَأِنْ كَانَ يَعْتَقُ تَدْبِيرَ فَالْقِيَمَةِ وَاسْتَوْفِيًا مِنْ خِدْمَتِهِ فَإِنْ عَتَقَ بَمَوْتِ سَيِّدِهِ فَعَلَيْهِمَا وَهُمَا أَوْلَى إِنْ رَدَّهُ دَيْنٌ أَوْ بَعْضُهُ كَالْجِنَايَةِ وَإِنْ كَانَ بِكِتَابَةِ فَالْقِيَمَةِ وَاسْتَوْفِيًا مِنْ تُجُومِهِ وَإِنْ رُقَ فَمِنْ رَقَبَتِهِ وَإِنْ كَانَ بِإِيلَادٍ فَالْقِيَمَةِ وَأَخَذًا مِنْ أَرْضٍ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا وَفِيمَا اسْتَفَادَتْهُ قَوْلَانِ وَإِنْ كَانَ يَعْتَقُهَا فَلَا غُرْمَ أَوْ يَعْتَقُ مُكَاتَبٍ فَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَ بِبُئُوءٍ فَلَا غُرْمَ إِلَّا بَعْدَ أَخْذِ الْمَالِ بِإِثْبَاتٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَبْدًا فَيَقِيمَتُهُ أَوَّلًا ثُمَّ إِنْ مَاتَ وَتَرَكَ آخَرَ فَالْقِيَمَةُ لِلْآخَرِ وَغَرْمًا لَهُ يَصِفُ الْبَاقِي وَإِنْ ظَهَرَ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ أَخْذَ مِنْ كُلِّ النِّصْفِ وَكُمِّلَ بِالْقِيَمَةِ وَرَجَعَا عَلَى الْأَوَّلِ بِمَا غَرِمَهُ الْعَبْدُ لِلْغَرِيمِ وَإِنْ كَانَ بَرَقَ لِحَرٍّ فَلَا غُرْمَ إِلَّا لِكُلِّ مَا اسْتُعْمِلَ وَمَالَ انْتَزَعَ وَلَا يَأْخُذُهُ الْمَشْهُودُ لَهُ وَوُورِثَ عَنْهُ.

متن الخطاب

الشاهدان على الثابت النسب بما غرماه له لأنهما إنما غرماه له بسبب إتلافهما له بشهادتهما، فلما وجب الدين وجبت التركة له فلم يتلفا شيئاً. انتهى. وهو غير واف بشرح كلام المؤلف كما ترى، وحاول البساطي شرح هذا المعنى فقال بعد أن شرح كلام المؤلف بما شرحوه به: فإن قلت: عبارته ليس معناها ما حللتما به وهو ظاهر. قلت: إنما عدل عن ذلك إلى قوله بما غرمه العبد للغريم؛ لأن الدين قد لا يستغرق التركة فلا يخرج من يد الابن الثاني جميع ما أخذ بل يبقى شيء، فلا يرجعان على الأول بما يلزم الثاني للغريم. انتهى. وهو ظاهر إلا أن فرض مسألة المؤلف وابن الحاجب إنما هو طرو دين مستغرق، فلا يلائم حينئذ ما قاله البساطي، ويظهر لي شيء - وإن ساعده النقل كان حسناً - وهو أن الابن المستلحق لما أخذ نصف المال غير القيمة قد يستهلك بعضه قبل ظهور الدين، فإذا ظهر الدين فلا يوجد في يده إلا بعض المال وهو معسر فيأخذ الغريم منه ما وجده في يده فالظاهر هنا أن الشهود لا [يرجعون¹⁴⁵⁸] على الأول إلا بما دفعه المستلحق للغريم؛ لأنه قد أتلّف بشهادتهما بعض المال فتأمله. وحرر النقل فيه. والله أعلم.

ص: وإن كان برق لحر فلا غرم ش: قال في التوضيح في الرجوع عن الشهادة فيما إذا رجعا عن الشهادة بعبودية شخص: ويتخرج على ما [اتفق¹⁴⁵⁹] عليه فقهاء قرطبة في أيام القاضي ابن بشير فيمن باع حراً وتعذر رجوعه وفسخ البيع أن عليه الدية أن يكون هنا عليه الدية. انتهى. وقال ابن عرفة: قلت: هذا يناقض ما ذكره اللخمي وابن رشد. قال في سماع عبد الملك من جامع البيان: من باع حراً وغاب فعليه طلبه حتى يردّه فإن عجز عن رده فقبل يغرم [ديته¹⁴⁶⁰] للورثة، وكتب بها إلى القاضي بقرطبة فجمع أهل العلم وكتب لقاضيه الذي سأله أن أغرمه دية كاملة. قلت: وحكاها اللخمي رواية لابن حبيب في ترجمة غصب ما لا يجوز بيعه، وكان يجري الجواب عن المناقضة بأن تسبب الشاهدين في رقه أهون من تسبب البائع في رقه لاستقلال بائعه برقه وعدم

الحديث

1458 * - في المطبوع يرجعان وما بين المعقوفين من سيد 29 وم 69 وما يابى 151 ويحيى 440 ويم 105.

1459 - في المطبوع أنفق وما بين المعقوفين من ن عود ص 205 ويحيى ص 97 و م ص 69 ويم ص 85 وما يابى 151.

1460 - في المطبوع دية وما بين المعقوفين من ن عود ص 205 ويحيى ص 97 و م ص 69 ويم ص 85 وما يابى 151.

نص خليل

وَلَهُ عَطِيئَتُهُ لَا تَزُوجُ وَإِنْ كَانَ بِمَائَةٍ لَزِيدٍ وَعَمَرُو ثُمَّ قَلَا لَزِيدٍ غَرَمًا خَمْسِينَ لِعَمَرٍ فَقَطَّ وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا
غَرَمَ نِصْفَ الْحَقِّ كَرَجُلٍ مَعَ نِسَاءٍ وَهُوَ مَعَهُنَّ فِي الرِّضَاعِ كَاثْنَتَيْنِ وَعَنْ بَعْضِهِ غَرَمَ نِصْفَ الْبَعْضِ وَإِنْ
رَجَعَ مَنْ يَسْتَقِلُّ الْحُكْمَ بَعْدَهُ فَلَا غَرَمَ فَإِذَا رَجَعَ غَيْرُهُ فَالْجَمِيعُ وَلِلْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ مُطَالَبَتُهُمَا بِالْدَّفْعِ
لِلْمَقْضِيِّ لَهُ وَلِلْمَقْضِيِّ لَهُ ذَلِكَ إِذَا تَعَدَّرَ مِنَ الْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ.

متن الخطاب استقلال الشاهدين برقه لمشاركة مدعي رقه لهما في ذلك. انتهى. ونحوه لابن عبد السلام، ولم ينقل في التوضيح الجواب، واقتصر على ما تقدم، ويأتي من هذه المسألة وفروعها ألغاز كثيرة ظاهرة من لفظها. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ من كتاب ابن سحنون: إن شهدا على رجل أنه عبد لمن ادعاه والمدعى عليه يجحد فحكم برقه ثم قاطعه المحكوم عليه بمال أخذه منه وأعتقه أو كاتبه عليه فأدى وعتق/ ثم [أقرا¹⁴⁶¹] بالزور غرما للمشهود عليه ما أدى للسيد والحكم ماض والولاء قائم. انتهى.

206

ص: وله عطيته ش: يحتمل أن يكون المصدر مضافا للمفعول فيكون المعنى أن ما أعطي له يكون له لا للسيد، وأن يكون مضافا للفاعل، وهو الظاهر يعني به وله عطيته أي المال؛ يعني أن له أن يعطي من ذلك المال الذي تحت يده. والله أعلم. قال ابن عرفة: وإن أعتق من هذا المال عبدا جاز عتقه، وكان ولاؤه بعده لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حرا، ولا يرثه العبد إن مات ومعتقه حي.

قلت: كذا وجدته في نسخة عتيقة من النوادر وأنه لا يرثه العبد إن مات ومعتقه حي وهو مشكل إن أريد بالعبد المرجوع عن الشهادة برقه وقد عتق، إلا أن يريد بقوله: "ومعتقه حي" أن المعتق هو من أعتقه العبد المرجوع عن شهادته فتأمل ذلك. انتهى. ونقله صاحب الذخيرة على خلاف ذلك، ونصه: ولو أعتق العبد قبل موته من هذا المال عبدا فإن ولاؤه بعد ذلك لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حرا، ويرثه العبد إن مات ومعتقه حي. انتهى. وهو كذلك في الجواهر.

تنبيه: وصاياه في هذا المال نافذة من الثلث. قاله في الذخيرة. والله أعلم.

ص: وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق ش: فلو ثبت الحق بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد فهل يلزمه نصف الحق، أو الحق كله؟ اختلاف في ذلك، وهو على الخلاف في القضاء بالحق هل هو مستند للشاهد فقط واليمين [استظهار¹⁴⁶²] أو [مستند¹⁴⁶³] للشاهد واليمين معا، واليمين كالشاهد الثاني؟. قاله في التوضيح في تعارض البينتين في ترجيح الشاهدين على الشاهد واليمين، وذكر الخلاف في اليمين مع الشاهد ابن فرحون في تبصرته. انتهى.

ص: وهو معهن في الرضاع كاثنتين ش: فإن قيل كيف يتصور الغرم في الرضاع والحال أنهما إن شهدا/ بالرضاع قبل الدخول انفسخ النكاح بلا مهر، وإن شهدا به بعد الدخول فالمهر للوطء، وإنما فوتا بشهادتهما العصمة وهي لا قيمة لها كما تقدم في الطلاق. فالجواب أنه يتصور ذلك بعد موت الزوج أو

207

الحديث

1461 - في المطبوع يحيى ص 97 وم ص 69 ويم ص 85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وما يابى 151.

1462 - في المطبوع استظهارا أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 ويحيى ص 98 وم ص 69 ويم ص 85 وما يابى 151.

1463 - في المطبوع مستندا وما يابى 151 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 ويحيى ص 98 وم ص 69 ويم ص 85.

نص خليل وإن أمكن جمع بين البيئتين جمع وإلا رجح بسبب ملك كئسج وتناج إلا بملك من المقاسم أو تاريخ أو تقدمه وبمزيد عدالة لا عدد وبشاهدين على شاهد ويمين أو امرأتين.

متن الخطاب الزوجة فيغرم الشاهدان للباقي من الزوجين ما فوتاه من الإرث، ويغرمان للمرأة بعد موت الزوج ما فوتاهما من الصداق، وإن شهدا بالرضاع قبل الدخول فيتصور ذلك قبل الدخول من جهة المرأة على القول بأنهما يغرمان نصف الصداق إذا شهدا بطلاق غير المدخول بها ثم رجعا، ويتلمح ذلك من كلام ابن عبد السلام فتأمله. والله أعلم.

ص: وإن أمكن جمع بين البيئتين جمع ش: هذا /شروع منه رحمه الله في الكلام على تعارض البيئتين. قال ابن عرفة: وهو اشتغال كل منهما على ما ينافي [الأخرى] ¹⁴⁶⁴ فمهما أمكن الجمع بينهما جمع كالدليلين، وتتقرر صورة الجمع بمثل قولها، ومن قال لرجل أسلمت إليك هذا الثوب في مائة إردب حنطة، وقال الآخر بل هذين الثوبين [لثوبين] ¹⁴⁶⁵ سواء في مائة [إردب] ¹⁴⁶⁶، وأقاما جميعا البينة لزمه أخذ الثلاثة في مائتي [إردب] ¹⁴⁶⁷، ولو قال المسلم إليه أسلمت إلي هذا الثوب الذي ذكرت مع العبد فيما سميت وأقاما البينة قضى بالبينة الزائدة فيأخذ الثوب والعبد وتلزمه المائة [إردب] ¹⁴⁶⁸. انتهى. ومسألة المدونة التي ذكرها في كتاب السلم الثاني في أواخر ترجمة دفع السلم قبل محل الأجل، وقال ابن يونس إثر قوله في المدونة: لزمه أخذ الثلاثة إلى آخره: يريد سواء كانا في مجلس واحد أو في مجلسين. انتهى.

وقال في التوضيح: مثل عدم التعارض لو شهد واحد أنه أقر بمائة وآخر أنه أقر بخمسين في مجلسين. انتهى. والذي رأيته في نسختين لو شهد واحد، وصواب العبارة أن يقول بينة أو واحدة؛ لأن ما ذكره ليس من باب تعارض البيئتين في شيء. ثم قال ابن عرفة: ولا بن رشد في سماع يحيى من الشهادات: إن شهدت إحدى البيئتين بخلاف ما شهدت به الأخرى مثل أن تشهد إحداها بعق واثانية بطلاق، أو إحداها بطلاق امرأة والثانية بطلاق امرأة أخرى وشبه هذا، فلم يختلف قول ابن القاسم ¹⁴⁶⁹ [ورواية المصريين في] ¹⁴⁷⁰ أنه تهاتر من البيئتين وتكاذب يحكم فيه بأعدل البيئتين، فإن تكافأتا سقطتا، وروى المدنيون أنه ¹⁴⁷¹ يقضى بهما [معا إذا استوتا] ¹⁴⁷² في العدالة أو [كانت] ¹⁴⁷³ إحداها أعدل. انتهى. ثم قال: وقول ابن الحاجب: "ومهما أمكن الجمع جمع" يدل على أنه إن شهدت إحداها بأنه طلق الكبرى، والأخرى بأنه إنما طلق الصغرى أنه يجمع بينهما، وتقدم من نقل ابن رشد أنه خلاف قول ابن القاسم ورواية المصريين. انتهى. وفي كلامه نظر من وجهين:

الحديث

- 1464 - في المطبوع الآخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 ويحيى ص 98 و م ص 69 ويم ص 85 وما يابى 152.
- 1465 - في المطبوع بثوبين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 ويحيى ص 98 و م ص 69 ويم ص 85 وما يابى 152.
- 1466 - في المطبوع أردب وما بين المعقوفين من القاموس، ج 1 ص 73، ولسان العرب، ج 1 ص 416.
- 1467 - في المطبوع أردب وما بين المعقوفين من القاموس، ج 1 ص 73، ولسان العرب، ج 1 ص 416.
- 1468 - في المطبوع أردب وما بين المعقوفين من القاموس، ج 1 ص 73، ولسان العرب، ج 1 ص 416.
- 1469 - في المطبوع بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 ويحيى ص 98 و م ص 70 ويم ص 85 وما يابى 152.
- 1470 - في المطبوع فإنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 ويحيى ص 98 و م ص 70 ويم ص 85 وما يابى 152.
- 1471 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208.
- 1472 - في الأصل ويم ويحيى والمكتبة معا استويتا وما بين المعقوفين من تصحيحات عدود وما يابى استويا.
- 1473 - ساقطة من الأصل ويم ويحيى وما يابى 152 والمكتبة وما بين المعقوفين من تصحيحات عدود.

الأول [أن¹⁴⁷⁴] ما لزم ابن الحاجب لزمه لأنه صدر في أول كلامه بمثل ما قال ابن الحاجب كما تقدم عنه. الثاني فرضه هو وما نقله [عن¹⁴⁷⁵] ابن رشد لا يمكن الجمع فيه؛ لأن فرض [المسألة¹⁴⁷⁶] أن البيئتين في مجلس واحد، وكل واحدة تنفي أن يكون تكلم لغير ما شهدت به يتبين ذلك بنقل المسألة بلفظها. قال في أثناء المسألة الخامسة من رسم الصبرة من سماع يحيى: قال ابن القاسم: لو أن أربعة نفر شهد منهم رجلان على رجل أنه طلق امرأته وشهد الآخران أنه لم يتفوه في مجلسه ذلك بشيء من الطلاق، ولكنه حلف بعق غلام له سمياه لم أر لهم شهادة أجمعين في طلاق ولا عتاق لأن بعضهم أكذب بعضا، وهو الذي سمعناه.

قال: وإن اختلفوا فقال بعضهم نشهد أنه طلق امرأته فلانة أو أعتق غلامه فلانا، وقال الآخر نشهد أنه ما ذكر امرأته فلانة حتى تفرقنا، وما حلف بطلاقها ولكنه حلف بطلاق امرأته فلانة يريد امرأة أخرى، أو قال نشهد ما أعتق الذي شهدتم له بالعتاق ولكنه أعتق فلانا غلاما آخر فإن الشهادة تبطل وتسقط من قول الأولين والآخرين في العتاق والطلاق على هذا النحو؛ لأن بعضهم أكذب بعضا. انتهى. وذكر ابن رشد في شرحها ما نقله ابن عرفة عنه. فتأمله منصفاً. والله أعلم بالصواب.

فرع: قال ابن عرفة في كتاب الشهادات في تعارض البيئتين: قال في نوازل سحنون في كتاب الشهادات: إن شهدت بيئة بقتل زيد عمرا يوم كذا وبيئة بأنه كان ذلك اليوم ببلد بعيد عن موضع القتل قضي ببيئة القتل. قال ابن رشد: هذا مشهور المذهب، وقاله أصبغ، وقال إسماعيل القاضي يقضى ببيئة البراءة إن كانت أعدل، وإن كانتا في العدالة سواء طرحتا، وقاله ابن عبد الحكم. انتهى.

209

قلت: قال ابن رشد في شرح هذه المسألة: قال ابن عبد الحكم في أدب القضاء: الذي كنت أسمع فيما كنا نتناظر عليه مع أصحابنا أن شاهدين لو شهدا على رجل أنه أقر عندهم بعرفات يوم عرفة من العام الفلاني لرجل بمائة دينار وشهد [آخرا¹⁴⁷⁷] أنه كان عندهم بمصر في ذلك اليوم بعينه أن شهادة الذين شهدوا عليه بالمائة أحق وأولى، قالوا لأن هذين شهدوا بحق، ولم يشهد الآخران بحق، ولست أعرف هذا المعنى، والذي أرى إن كان الشاهدان الذان شهدا أنه كان بمصر في ذلك الوقت أعدل أن لا يكون له شيء، ألا ترى أنه لو شهدا على رجل بحق أقر به عندهما في سنة مائتين وشهد شاهدان أعدل منهما أنه مات قبل ذلك بشهر أنه جرحه ولو كانتا في العدالة سواء لطرحتهما، وكذلك لو شهدوا أنه ولد بعد المائتين. قال ابن رشد: لكلا القولين وجه وحظ من النظر، وستأتي هذه الكلمة في نوازل أصبغ فنتكلم عليها. انتهى.

1474 - ساقط من المطبوع و م ص 70 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 ويحيى ص 98 ويم ص 85 وما يابى 152.

1475 - ساقط من المطبوع وما يابى 152 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208.

1476 - في المطبوع المسألتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 ويحيى ص 98 و م ص 70 ويم ص 85 وما يابى 152.

1477 - في المطبوع آخر وم 70 ويم 106 وما بين المعقوفين من ن ذي 209 ويحيى 441.

متن الخطاب قلت: زاد في النوادر عن المجموعة وكتاب ابن سحنون ما نصه: قال سحنون إلا أن يشهد مثل أهل الموسم في جماعتهم أنه أقام لهم الحج ذلك اليوم، أو أهل مصر أنه صلى بهم العيد ذلك اليوم فيبطل القتل؛ لأن أهل الموسم لا يجتمعون على الغلط ولا يشته عليهم، وقد يشته على الشاهدين وأكثر من ذلك. [انتهى].¹⁴⁷⁸

قلت: ذكره لأهل الموسم وأهل مصر يقتضي أنه لا ترد شهادة الشاهدين إلا بمثل ذلك العدد، والظاهر أنه ليس مقصودا لذاته، فإذا شهد جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب فالظاهر بطلان شهادة الشاهدين، ولا ينضبط ذلك بعدد، ويشهد لذلك ما ذكره ابن عرفة في الكلام على الترجيح بالعدد، ونصه: وفي لغو الترجيح بالكثرة واعتباره قوله ورواية ابن حبيب، وفيها لابن القاسم: لو شهد لهذا شاهدان ولهذا مائة وتكافؤا في العدالة لم ترجح بالكثرة. اللخمي والمازري: محمله على المغاية ولو كثروا حتى يقع العلم بصدقهم لقضى بهم. انتهى.

[قلت: ¹⁴⁷⁹] ونص ما أشار إليه ابن رشد في نوازل أصبغ على اختصار ابن عرفة إن شهدت بينة بزني رجل بمصر في المحرم يوم عاشوراء، وأخرى أنه كان ذلك اليوم بالعراق حد، وكذا لو شهدت بينة أنه قتل فلانا بمصر وشهدت أخرى أنه قتل فلانا بالعراق قتل بهما. ابن رشد: تفرقة أصبغ هذه على قياس مشهور قول ابن القاسم إن البينتين إذا اختلفتا بالزيادة أعملت ذات الزيادة [وإن اختلفتا ¹⁴⁸⁰] في الأنواع سقطتا إلا أن تكون إحداها أعدل فيقضى بها.

وقال أيضا: إن اختلفتا بالزيادة سقطتا إلا أن تكون إحداها أعدل فيقضى بها كاختلاف الأنواع، فلزم على قياس هذا إن شهدت الأخرى أنه زنى ذلك اليوم بالعراق أن تسقط إلا أن تكون إحداها أعدل فيقضى بها كما لو شهدت أنه سرق ذلك اليوم بالعراق، وهو الذي يوجب القياس لتكذيب كل بينة الأخرى، وتعليل أصبغ لإقامة الحد والقتل بأنه يعلم صدق إحدى البينتين غير صحيح؛ لأنه إذا علم أن إحداها كاذبة واحتمل أن تكون كل واحدة منهما هي الكاذبة احتمل كذبهما معا، وإذا احتمل كذبهما معا أو كذب إحداها لم يصح الحكم بأن إحداها صادقة، إلا أن تكون هي أعدل، وإلى هذا نحا ابن عبد الحكم على ما ذكرنا عنه في نوازل سحنون، ويأتي على قياس الأخوين عن مالك في البينتين إذا شهدت إحداها بخلاف ما شهدت به الأخرى، [واستوتا ¹⁴⁸¹] في العدالة أنه يقضى بشهادتهما معا أنه يحد للزنا والسرقة إذا شهدتا به معا وهو بعيد جدا. انتهى.

تنبيه: قال القرافي: ولا يقضى بأعدل البينتين إلا في الأموال. قاله في كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ونقله ابن فرحون، وهو مخالف لما ذكرناه من سماع يحيى، ونقله ابن عرفة فتأمله. والله أعلم.

¹⁴⁷⁸ - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 ويحيى ص 99 و م ص 70 ويم ص 86 وما يابى 153.

¹⁴⁷⁹ - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 ويحيى ص 99 و م ص 70 ويم ص 86 وما يابى 153.

¹⁴⁸⁰ * - في المطبوع وإن اختلفت وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل ج 10 ص 202.

¹⁴⁸¹ * - في المطبوع واستويا وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل ج 10 ص 203.

نص خليل

وَبَيِّدَ إِنْ لَمْ تُرْجَحْ بَيْنَهُ مُقَابِلُهُ فَيَحْلِفُ وَبِالْمَلِكِ عَلَى الْحَوْزِ وَيَنْقُلُ عَلَى مُسْتَصْحَبَةٍ وَصِحَّةِ الْمَلِكِ بِالتَّصَرُّفِ وَعَدَمِ
مُنَازَعِ وَحَوْزِ طَالَ كَعَشْرَةَ أَشْهُرٍ وَأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فِي عِلْمِهِمْ وَتَوَوَّلَتْ عَلَى الْكَمَالِ فِي الْأَخِيرِ لَا بِالِاشْتِرَاءِ
وَأَنْ شُهِدَ بِإِقْرَارِ اسْتِصْحَابِ وَإِنْ تَعَدَّرَ تَرْجِيحَ سَقَطْنَا وَبَقِيَ بَيِّدَ حَائِزُهُ أَوْ لِمَنْ يُقَرُّ لَهُ وَقُسِمَ عَلَى الدَّعْوَى إِنْ لَمْ يَكُنْ
بَيِّدَ أَحَدِهِمَا كَالْعَوْلِ وَلَمْ يَأْخُذْهُ بِأَنَّهُ كَانَ بِيَدِهِ وَإِنْ ادَّعَى أَخُ اسْلَمَ أَنْ أَبَاهُ اسْلَمَ فَالْقَوْلُ لِلنَّصْرَانِيِّ وَقُدِّمَتْ بَيْنَهُ
الْمُسْلِمُ إِلَّا بِأَنَّهُ تَنَصَّرَ أَوْ مَاتَ إِنْ جُهِلَ أَصْلُهُ فَيَقْسَمُ كَمَجْهُولِ الدِّينِ وَقُسِمَ عَلَى الْجِهَاتِ بِالسُّوِيَّةِ وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا
طِفْلٌ فَهَلْ يَحْلِفَانِ وَيُوقَفُ الثُّلُثُ فَمَنْ وَافَقَهُ أَخَذَ حِصَّتَهُ وَرَدَّ عَلَى الْآخَرِ وَإِنْ مَاتَ حَلَفَا وَقُسِمَ أَوْ لِلصَّغِيرِ النُّصْفُ
وَيُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ قَوْلَانِ وَإِنْ قَدَرَ عَلَى شَيْئِهِ فَلَهُ أَخْذُهُ إِنْ يَكُنْ غَيْرَ عَقُوبَةٍ وَأَمِنْ فِتْنَةٍ وَرَذِيلَةٍ.

متن الخطاب

210

ص: وبيد ش: قال القرافي في كتاب دعاوى:

تنبيه: اليد عبارة عن القرب والاتصال، فأعظمها ثياب الإنسان التي عليه ونعله ومنطقته، وبليته
البساط الذي هو جالس عليه، والدابة التي هو راكبها وتليه الدابة التي هو سائتها أو قائدها والدار
التي هو ساكنها فهي دون الدابة لعدم الاستيلاء على جميعها. قال بعض العلماء: فيقدم أقوى اليمينين
على أضعفهما، فلو تنازع الساكنان الدار سوى بينهما بعد أيما منهما، [والراكب¹⁴⁸²] والسائق قيل
يقدم الراكب مع يمينه. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

ص: وبالمالك على الحوز ش:

مسألة: إذا شهد شاهدان بمالك لرجل وشهدا لمن هو بيده بالحيازة فنقل ابن سهل في مسائل الأقضية عن
ابن عتاب أن شهادتهم جائزة، ولا يضرها اجتماعهما فيها؛ لأنهم شهدوا في الأمرين بعلمهم ورأوا حيازة
يحتمل أن تكون بإرفاق أو توكيل أو ابتياع، وليس يلزمهم الكشف عن ذلك. انتهى.

ص: وينقل على مستصحبة ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر. قال في كتاب الشهادات من
المدونة: ومن أقام بينة في دار أنه ابتاعها من فلان وأنه باعه ما ملك وأقام من هي في يده بينة أنه
يملكها قضي بأعدلها، وإن تكافأتا سقطتا، وبقيت الدار بيد حائزها. أبو الحسن: لا بد من فصلين
أنه ابتاعها منه وأنه باعه ما ملك، وإذا لم يذكر في العقد إلا الشراء دون هذه اللفظة لم تعارض الحوز
والبينة بل لا تعارض إلا الحوز وحده.

قال ابن أبي زمنين: قف على هذه اللفظة فإنه أصل جيد وعليه تدور أحكامهم: وفائدته إذا كان في
عقد [الشراء ذكر¹⁴⁸³] التاريخ ثم استحققت الدار لم يحتج المشتري إلى إثبات الملك ثانية؛ إذ قد
يطول الزمان وتموت البيئتان، ولو قال المشتري للبائع أعطني عقد الشراء فذلك له، وفائدته إذا طرأ
الاستحقاق رجع المشتري بالثمن على من وجد منهما، وفائدته أيضا خوف أن يدعي البائع الأول أنه
لم يبع قط وله في الاستحقاق الرجوع على غريم الغريم، وكذلك الرد بالعيب. الشيخ: والعمل اليوم
على أخذ النسخة وهو الحزم، وفي النوادر: وإذا شهدت البينة بالشراء لا ينتفع إلا أن يشهدوا له
بطول الملك والحوز والتصرف وأن لا منازع، سواء أثبت ذلك بشهود الشراء أو بغيرهم، سواء ذكروا
الشراء أم لا. انتهى.

ص: وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز ش: أي وشرط صحة الشهادة بالملك أن يكون ذلك
لكونه رأى المشهود له يتصرف في الشيء المشهود به تصرف الملاك في أملاكهم من غير منازع.
/ ص: وأنه لم يخرج عن ملكه في علمهم وتوولت أيضا على الكمال ش: قال ابن الحاجب:
ويشترط في بينة الملك بالأمس مثلا أنه لم يخرج عن ملكه في علمهم.

211

الحديث

1482 - مرض عليها عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما بين المعقوفين وهو الذي في يحيى 442.

1483 * - في المطبوع الشراء عند ذكر وما بين المعقوفين من يحيى 442.

متن الخطاب 212 قال في التوضيح: قوله بالأمس تنبيه بالأخف على الأشد؛ لأنه إذا اشترط هذا/ في أقرب الأيام الماضية مع بعد خروج الملك من يد مالكة في هذا الزمان القريب [فلأن¹⁴⁸⁴] يشترط في أبعد من ذلك من باب أولى، وهذا الشرط الذي ذكره هو ظاهر ما في الشهادات في المدونة وفيها من تمام شهادتهم أن يقولوا ما علمناه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه. قال مالك: وليس عليه أن يأتي ببينة تشهد على البت أنه ما باع ولا وهب، ولو شهدت البينة بذلك كانت زورا وبهذا الظاهر.

قال ابن القاسم: لأنه قال فإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة، وظاهر ما في العارية من المدونة أنه ليس بشرط قال: وإن شهدوا أن الدار له لم يقولوا لا نعلم أنه ما باع ولا وهب فإنه يحلف ما باع ولا وهب ولا تصدق ويقضى له. ابن عبد السلام: وقد أكثر الشيوخ هل كلامه في المدونة متناقض أم لا؟ وهل تقبل شهادة هؤلاء الذين شهدوا بالبت مع إطلاقها عليها بالزور، أو يفصل فيهم بين أن يكونوا من العلماء فلا تقبل، أو يكونوا من عوام الناس فتقبل؟ وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وأبو عمران، والذي قاله أبو إبراهيم وأبو الحسن أن ما في الشهادة شرط كمال. أبو الحسن: إلا أن تكون الشهادة على ميت فذلك شرط صحة، ومراده بقوله: كانت زورا أنها غير مقبولة، ولا يختلف أنهم لا يلزمهم ما يلزم شهود الزور.

فرع: من أقام بينة على شيء فقضى له به ثم أقام المدعى عليه بينة بخلاف ما شهدت به البينة الأولى فإنه من تعارض البينتين وينظر في أعدلهما، وكذلك إن أقام شخص بينة على شيء فقضى له به ثم أتى آخر فأقام بينة مثل بينة الأول فإنه ينظر فيهما. قال في النوادر في الذي يدعي الشيء فيقيم بينة فيحكم له به ثم يدعيه آخر فيقيم بينة على مثل ذلك: ليس على الأول إعادة بينة، ولا يرد الشيء إلى المقضي عليه أولا ولكن يقضى به لأعدل البينتين. انتهى بالمعنى من كتاب الدعوى والبيئات في الترجمة المذكورة وما قبلها. وفي نوازل ابن رشد في المسألة الثالثة والثلاثين من مسائل الدعوى والخصومات نحو ذلك فانظره.

ونقل البرزلي عنه في مسائل الضرر نحو ذلك، ونصه: إذا ثبت حكم القاضي بقطع جري الماء في الطريق ببينة عادلة لا مدفع فيها بطل حق أصحاب الجنات، إلا أن يقدروا على قطع ضرر الطريق أو يثبتوا أنه ليس بضرر على الطريق ببينة أعدل من الأولى أو تجريح شهود العقد الذين حكم بهم الحاكم فهم حينئذ أحق بالماء. انتهى. وهي المسألة التي أشرنا إليها في نوازل ابن رشد، وفي المسألة الثامنة من مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد ما يدل على ذلك في بينة شهدت برشد شخص وحكم القاضي بترشيده، ثم بعد مدة شهدت بينة أعدل منها بأنه لم يزل متصل السفه أنه يحكم بسفاهه، وذكر فيها فائدة أخرى؛ وهي أن أفعاله من يوم حكم القاضي بترشيده إلى يوم الحكم بتسفيهه جائزة ماضية. والله أعلم.

213

نص خليل

وَأِنْ قَالَ أْبْرَأْنِي مُوَكَّلَكَ الْغَائِبُ أَنْظِرَ وَمَنْ اسْتَمَهَلَ لِذَفْعِ بَيِّنَةٍ أَمَهَلَ بِالْاجْتِهَادِ كَحِسَابٍ وَشِبْهِهِ بِكَفِيلٍ بِالْمَالِ كَانَ أَرَادَ إِقَامَةَ ثَانٍ أَوْ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ فَيَحْمِلُ بِالْوَجْهِ وَفِيهَا أَيْضًا نَفْيُهُ وَهَلْ خِلَافٌ أَوْ الْمُرَادُ وَكِيلٌ يُلَازِمُهُ أَوْ إِنْ لَمْ تُعْرِفْ عَيْتُهُ تَأْوِيلَاتٌ.

متن الخطاب

ص: وإن قال أبرأني موكلك الغائب انتظر ش: هكذا في أكثر النسخ، ويعني به إذا قال المدعى عليه لوكيل المدعي قد أبرأني موكلك الغائب من الحق الذي تدعي به فإن المدعى عليه ينظر حتى يحلف الموكل الغائب أنه ما أبرأه، وظاهره سواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة، وهذا القول ذكره ابن الحاجب، وعزاه لابن القاسم، وحكاه اللخمي في آخر كتاب الشهادات بلفظ قيل ولم يعزه لابن القاسم ولا لغيره، لكنه قال بعده إنه الأصل.

وذكر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الشهادات هذا القول عن اللخمي، وقال إنه ذكره بقليل، وذكره ابن رشد في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية، وفي رسم حمل صبيًا من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات فيمن وكل على طلب عبد بمصر وأقام البينة أنه لموكله فإنه لا يقضى له به حتى يحلف الموكل أنه ما باع ولا وهب، سواء كان الموكل قريبًا أو بعيدًا، والمنصوص لابن القاسم في سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات في مسألة دعوى المطلوب القضاء أنه يقضى على المطلوب بالحق ولا يؤخر إلى لقي صاحب الحق، ومثله دعوى الإبراء كما سيأتي بيانه، ولم يفرق بين الغيبة القريبة والبعيدة، لكن نقل في النواذر في ترجمة المقضي له بالسلة هل يحلف، وقال محمد بن عبد الحكم في وكيل الغائب يطلب دينًا [ثبت¹⁴⁸⁵] له فقال المطلوب بقي من حقي أن يحلف لي المحكوم له أنه ما قبضه فإنه ينظر؛ فإن كانت غيبته قريبة انتظر حتى يقدم وكتب إليه، وإن كانت بعيدة فإنه يدفع الحق الساعة، ويقال للمقضى عليه إذا اجتمعت مع الطالب فحلفه وكتب له القاضي بذلك كتابًا يكون بيده، فإن مات المقضي له حلف أكابر ورثته على مثل ذلك، ولا يحلف الصغار وإن كبروا بعد موته. انتهى. وكذلك نقل ابن رشد عن ابن عبد الحكم أنه فرق بين الغيبة القريبة والبعيدة فقال إنه يؤخر في القريبة حتى يكتب للموكل فيحلف، ولا يؤخر في البعيدة ويقضى عليه بالحق. قال ابن رشد: وقوله: عندي تفسير لقول ابن القاسم. زاد في كتاب الأقضية في الرسم المذكور فقال: لا خلاف أنه لا يقضى له في الغيبة القريبة إلا بعد يمين الموكل.

وقال ابن كنانة: إن كانت الغيبة قريبة كاليومين انتظر الموكل حتى يحلف، وإن كانت الغيبة بعيدة حلف الوكيل على أنه ما يعلم موكله قبض من الحق شيئًا ويقضى له، وذكر ابن فرحون في تبصرته في الباب العاشر من القسم الثاني أن صاحب معين الحكام حكى عن ابن القاسم مثل قول ابن كنانة، وذكر في التوضيح عن ابن المواز أنه يقضى على المطلوب وترجى له اليمين على الموكل، فإذا لقيه حلفه، فإن نكل حلف المطلوب واسترجع ما دفع، وذكر هذا القول أيضًا ابن عبد السلام لكنه لم يعزه لابن المواز.

قال: فعلى القول الذي نقلناه عن ابن القاسم في سماع عيسى ابن رشد قيده بالغيبة البعيدة كما

214

الحديث

1485 - في المطبوع ببينة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 213 وما يابى 155 ويحيى ص 100 وم ص 71 ويم ص 109.

متن الخطاب تقدم، وأما ما ذكره في آخره من تحليفه للموكل إذا لقيه فلا يخالف فيه ابن القاسم ولا ابن كنانة أيضاً، فتحصل من هذا أنه في الغيبة القريبة ينظر المطلوب حتى يحلف الموكل بلا خلاف على ما نقله ابن رشد، وأما الغيبة البعيدة فالمنصوص فيها لابن القاسم وابن عبد الحكم وابن المواز وابن كنانة أنه يقضى على المطلوب بالحق ولا يؤخر، لكن ابن كنانة يقول لا يقضى عليه حتى يحلف الوكيل على نفي العلم، ومقابل المنصوص القول الذي حكاه اللخمي بقبيل، وخرجه ابن رشد من يمين الاستحقاق.

تنبيهات: الأول: إذا علم ذلك فقول المصنف: "انتظر" كما هو الموجود في غالب النسخ مشكل؛ لأنه يقتضي أنه ينظر في الغيبة البعيدة، وقد علمت أنه خلاف المنصوص لابن القاسم، وقد اعترض ابن عرفة على ابن الحاجب في عزوه لابن القاسم، وعلى ابن عبد السلام في قبوله ذلك فإنه خلاف ما قال ابن القاسم في سماع عيسى، وأن كلام ابن رشد يقتضي أنه غير المنصوص وإنما هو مخرج على ما في نوازل عيسى لكن قد علمت أن اللخمي حكاه بقبيل، فكان ينبغي للمصنف أن يقول: وإن قال أبرأني موكلك الغائب أو قضيته لم ينتظر في البعيدة، بخلاف القريبة فيؤخر كيمين القضاء، ويوجد في بعض النسخ، وعليها تكلم ابن غازي ما صورته وإن قال أبرأني موكلك الغائب أنظر في القريبة، وفي البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله ويقضى له، فإن [حلف استمر¹⁴⁸⁶] القبض، وإلا حلف المطلوب واسترجع ما أخذ منه فقال الشيخ ابن غازي: أما حلف الوكيل فهو قول ابن كنانة، وقال ابن عبد السلام إنه بعيد جداً لأنه يحلف لينتفع غيره، وأما ما بعده من الكلام فإنما ساقه ابن عبد السلام قولاً آخر، ولم يزد في توضيحه على نسبه لابن المواز، وأنت تراه هنا ركب هذه الفتوى من القولين. فتأمل. انتهى.

قلت: أما ما ذكره من حلف الوكيل فهو قول ابن كنانة كما ذكر، وهو ضعيف، وأما ما ذكره بعد فقد تقدم أن ابن كنانة وابن القاسم وابن المواز القائلين بأنه يقضى عليه ولا يؤخر لا يخالفون في أنه إذا لقي الموكل له أن يحلفه على ما ادعاه وكيله، فإن حلف مضى، وإن نكل حلف المطلوب واسترجع ما كان غرمه، وهذا بين فتأمل، فهذه النسخة حسنة موافقة للراجح من الأقوال، إلا ما ذكره في حلف الوكيل فإنه قول ابن كنانة.

الثاني: لا فرق بين أن يقول المطلوب أبرأني موكلك كما فرض المصنف المسألة وابن الحاجب وغيرهما، أو يقول قضيته الحق الذي تدعي به أو بعضه كما فرض المسألة في سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات.

الثالث: إذا قضي على المطلوب بالحق ثم لقي الموكل فاعترف بما ادعاه المطلوب من الإبراء أو القضاء، أو نكل عن اليمين وحلف المطلوب على ذلك فله أن يرجع بالحق الذي قضي به عليه على الوكيل أو على الموكل. قاله ابن رشد في كتاب البضائع والوكالات. قال: فإن رجع على صاحب الحق رجع صاحب الحق على الوكيل إلا أن يدعي أنه دفع ذلك إلى الموكل ويقيم على ذلك البيئة.

قلت: وإن رجع على الوكيل فلا كلام إلا أن يدعي أنه دفع ذلك لموكله فله مطالته به. والله أعلم. الرابع: أما يمين الاستحقاق فقال ابن رشد في كتاب الأقضية في الرسم المذكور من سماع عيسى إنه إن كانت الغيبة قريبة فلا اختلاف أنه لا يقضى للوكيل إلا بعد حلف موكله، وإن كانت بعيدة فالذي في نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات أنه لا يقضى للوكيل إلا بعد حلف موكله، وحكى ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ أنه يقضى للوكيل إذا كانت الغيبة بعيدة كما في مسألة دعوى القضاء والإبراء، وقال ابن كنانة يحلف الوكيل على العلم ويقضى له كما في المسألة السابقة، فتحصل أنه لا يقضى للوكيل في الغيبة القريبة إلا بعد يمين موكله في المسألتين بلا خلاف، وأما في الغيبة البعيدة فقل يقضى للوكيل في المسألتين حملاً لمسألة الاستحقاق على مسألة دعوى القضاء والإبراء، وهو قول أصبغ وإليه ذهب ابن أبي زيد. قاله ابن رشد في كتاب الأقضية.

وقيل لا يقضى له في المسألتين حتى يكتب إلى موكله فيحلف حملاً لمسألة دعوى القضاء والإبراء على مسألة يمين الاستحقاق، وقيل يقضى للوكيل بعد حلفه على العلم في المسألتين فهذه ثلاثة أقوال، والقول الرابع [الفرق¹⁴⁸⁷] بين يمين الاستحقاق ويمين دعوى القضاء والإبراء. قال ابن رشد في كتاب الأقضية: وإليه ذهب بعض المتأخرين، وقال في نوازل [عيسى¹⁴⁸⁸] من كتاب البضائع [والوكالات: ¹⁴⁸⁹] وهو الأظهر الذي يعزى إلى ابن القاسم؛ لأن اليمين في الاستحقاق من تمام الشهادة لا يتم الحكم إلا بها ويمين صاحب الدين أنه ما اقتضى من دينه شيئاً إنما تجب بدعوى الغريم أنه قد قضى فيقال له أد الدين إلى الوكيل واستحلف صاحبك إذا لقيته على دعواك.

الخامس: هذا الذي ذكرناه في هذه المسألة يقتضي أنه ليس على القاضي أن يستحلف الموكل على قبض حقه الغائب أنه ما قبض منه شيئاً، وأنه يكتب له بها دون يمين، سواء خرج أو وكل. قال ابن رشد: وهو ظاهر ما في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات وما في نوازل أصبغ منه، وهو خلاف ما في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية أنه لا يكتب له حتى يستحلفه في الوجهين خرج أو وكل أنه ما اقتضى ولا أحال ولا قبل قال: وعلى الرواية الأولى جرى العمل؛ لأنه يقول للقاضي لا تحلفني فلعله لا يدعي أنه قضاني شيئاً، وقيل إنه يستحلفه إذا وكل ولا يستحلفه إذا خرج. قال ابن رشد: هذا أولى الأقوال وأعدلها. هذا ملخص كلام ابن رشد في سماع عيسى في الموضوعين المذكورين في نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات.

السادس: قال في التوضيح: كلام ابن الحاجب يقتضي أن قول ابن كنانة خلاف لقول ابن القاسم وحمل غير واحد قوليهما على الوفاق، وأن ابن القاسم يوافق على الانتظار في المدة القريبة. انتهى. قلت: هذا سهو منه رحمه الله، فإن القول الذي نقله ابن الحاجب عن ابن القاسم [بالانتظار¹⁴⁹⁰]

1487 - في المطبوع لا فرق وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 ويحيى ص101 و م ص72 وما يابى 157.
1488 - في المطبوع سحنون وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 157 والبيان ج8 ص192.
1489 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 ويحيى ص101 و م ص72 وما يابى 157.
1490 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 (وفي يحيى 101 وم 72 وما يابى 157 بالانتظار).

نص خليل وَيُجِيبُ عَنِ الْقِصَاصِ الْعَبْدُ وَعَنِ الْأَرْضِ السَّيِّدُ.

متن الخطاب في الغيبة القريبة والبعيدة فهل يشك أحد أن ابن القاسم يقول بالانتظار في الغيبة على هذا القول؟ فتأمل.

السابع: لو كان الدين على غائب أو ميت فقال في النواذر في ترجمة المقضي له بالسلعة هل يحلف ولو كان الحكم بالدين على غائب أو ميت لم يقض للطالب حتى يحلف أنه ما قبض منه شيئاً ولا من أحد بسببه؛ لإمكان أن يدعي الغائب أو الميت ذلك، ولو كان الدين لميت قام به ورثته على غائب أو ميت فلا بد أن يحلف أكابرهم أنهم ما يعلمون وليهم قبض من المقضي عليه ولا من أحد بسببه، ولو كان المطلوب حياً لم يحلفوا حتى يدعي ذلك على الميت أو عليهم، وقاله محمد بن عبد الحكم في وكيل الغائب يطلب ديناً فيثبت له فقال المطلوب بقي من حقي أن يحلف لي المحكوم له أنه ما قبضه إلى آخر كلامه المتقدم.

فرع: إذا كان الحق [الذي¹⁴⁹¹] على الغائب أو الميت مؤجلاً وقام الطالب عند حلول الأجل فلا بد من يمين القضاء كما نص عليه ابن فرحون في تبصرته، وسمعت أن بعض القضاة أسقط اليمين في ذلك محتجاً بكونه لم يتوجه طلبه إلى الآن، وهذا باطل لأن يمين القضاء للتهمة وهي موجودة. والله أعلم. ويشهد لذلك ما ذكره البرزلي في مسائل الأقضية عن المازري، ونصه: وسئل المازري عن أوصى في مرضه الذي توفي بأثره أن في ذمته من كراء دار كذا كذا ثم وصل وكيل من رب الدار في المركب يطلب تلك الدنانير فهل يلزم الموكل يمين مع أنه ببلاد المشرق ولم يمض من المدة ما يقتضي أنه قبض فيها شيئاً من وقت اعترف له الميت وطلب وصي الأيتام الحكم في ذلك ما تراه؟ فأجاب: إذا لم تطل حياة/ المقر من حين إقراره بل مات في زمن لا يمكن القضاء فيه، وليس بينهما من الوصلة ما يقتضي أن الموكل وهبه ذلك وهو غائب غيبة بعيدة لم يوقف الحق لأجل يمينه؛ لأنها يمين استظهار وبعد غيبته والقرائن المذكورة تدل على عدم قضاء الحق أو إسقاطه بالهبة. انتهى. فلم يسقط عنه اليمين مع القرائن الدالة على عدم القضاء، بل جعل القرائن مقتضية لعدم إيقاف الحق لأجل اليمين إذا كانت الغيبة بعيدة. والله أعلم.

ص: ويجيب عن القصاص العبد وعن الأرض السيدش: قال ابن فرحون في التبصرة في الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم: مسألة: ومن أنواع المدعى عليهم العبد، فإذا ادعى عليه بما يوجب القصاص فيلزمه الجواب، وإن ادعى عليه بما يوجب الأرض فيطلب الجواب من السيد، وإن ادعى عليه بما يوجب المال فيطلب الجواب من العبد، فإن أقر وكان مأذوناً فهو كالحرة وإن لم يكن مأذوناً وقف إقراره على سيده فيرده أو يلزمه إياه، فإن أعتق قبل أن يعلم ما عند السيد لزمه الدين، ولا يحكم القاضي بإلزام الدين ذمته حتى يثبت عنده ما عند السيد فيه من إلزام أو إسقاط، وذلك بعد أن يثبت عنده حال العبد من إذن أو حجر، فإن لم يثبت عنده شيء فهو على الحجر حتى يثبت عنده خلافه. [انتهى.¹⁴⁹²]

الحديث

1491 - ساقط من المطبوع و م ص 72 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 215 ويحيى ص 101 ويم ص 88 وما يابى 158.

1492 - ساقط من المطبوع و يحيى ص 102 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 216 ويم ص 88 و م ص 72 وما يابى 158.

نص خليل

وَالْيَمِينُ فِي كُلِّ حَقٍّ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَلَوْ كِتَابِيًّا وَتَوَلَّيْتُ عَلَى أَنَّ النَّصْرَانِي يَقُولُ بِاللَّهِ فَقَطُّ.

متن الخطاب

فرع: قال مطرف: إذا شهد للمأذون شاهد بحق ونكل لا [يحلف سيده،¹⁴⁹³] ونكوله كإقراره جائز، فإن مات حلف السيد لأنه ورثه.

فرع: قال مالك: الرسول لقبض الثمن ينكر القبض من المبتاع يحلف الرسول مع الشاهد، فإن تعذر لصغر ونحوه حلفت أنك ما تعلم وصوله لرسولك وتستحق.

فرع: قال في الموازية: إن بعث لابنك الصغير حلفت مع الشاهد فإن رددت اليمين على المشهود عليه حلف وبرىء وغرمته، وكذلك يغرم الوصي إذا ادعى غريم الميت الدفع للوصي، فرد الوصي اليمين على الغريم لجنائته برد اليمين.

فرع: قال مالك: إذا استحق من يدك ما اشتراه شريكك الغائب المفاوض وشهد شاهد أن شريكك اشتراه حلفت أنت معه.

فرع: قال ابن كنانة: إن وكلته وثبتت الوكالة وجحد البائع وشهد شاهد حلفت معه، وإن لم تثبت الوكالة حلف الوكيل. انتهى جميع الفروع من الذخيرة من كتاب الأيمان عند الأقضية.

ص: واليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هوش: قد يتبادر أنه لا بد أن يكون في اليمين حرف القسم [فيها الباء؛¹⁴⁹⁴] لأن غالب من وقفت على كلامه من أهل المذهب يقول لما [تكلم¹⁴⁹⁵] على صفة اليمين، واليمين بالله الذي لا إله إلا هو، أو يقول وصفة اليمين أن يقول بالله الذي لا إله إلا هو ونحو ذلك، إلا أن الظاهر أنه لا فرق بين الباء وغيرها من حروف القسم، لكنني لم أقف على نص في التاء الفوقية، وأما الواو فغالب من رأيت كلامه من أهل المذهب كاللخمي وابن فرحون وابن عرفة والجزيري والشيخ زروق في شرح الإرشاد وغيرهم يقولون بعد كلامه المتقدم، واختلف إذا قال والله ولم يزد أو قال والله الذي لا إله إلا هو، وقال الشيخ أبو الحسن: قال أشهب وإن حلف [فقال و الذي¹⁴⁹⁶] لا إله إلا هو لم يقبل منه، وكذا إذا قال والله فقط فلا يجزئه حتى يقول والله الذي لا إله إلا هو. اللخمي: والذي يقتضيه قول مالك أنها أيمان. انتهى.

ورأيت في الجزولي الكبير في قول الرسالة: "واليمين بالله الذي لا إله إلا هو" انظر إذا قال والله بالواو فهل يجزئه؟ قاله أشهب، أو لا يجزئه قاله ابن القاسم؟ وانظر أيضا إذا اقتصر على قوله والله أو بالله ولم يقل الذي لا إله إلا هو هل يجزئه أو لا؟ قولان، وانظر إذا قال/ بالذي لا إله إلا هو ولم يقل بالله فهل يجزئه أم لا؟ فعلى قول ابن القاسم لا يجزئه، وعلى قول أشهب يجزئه. انتهى. وهذا الذي ذكره غريب مخالف لجميع ما رأيته؛ لأن المنقول عن أشهب أنه لا يجزئه، كما نقله اللخمي وغيره ممن تقدم ذكرهم وغيرهم، ومما يدل على أن الذي ذكره الجزولي؛ أعني الخلاف في الواو لا

217

الحديث

1493 - في المطبوع السيد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 216 ويحيى ص 102 ويم ص 88 و م ص 72 وما يابى 158.

1494 * - في المطبوع فيه بالباء وما بين المعقوفين من يم 109 ويحيى 445 وسيد 30 وم 72 وما يابى 158.

1495 * - في المطبوع يتكلم وما بين المعقوفين من يحيى 445.

1496 - في المطبوع الله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 216 ويحيى ص 102 ويم ص 88 و م ص 72 وما يابى 159.

متن الخطاب يعرف ما ذكره في الجواهر فإنه صدر الكلام بالواو فقال: أما الحلف فهو والله الذي لا إله إلا هو ولا يزداد على ذلك في شيء من الحقوق ثم نقله بالباء بعد ذلك، وذكر القرافي في ذخيرته لفظ الجواهر المتقدم، ثم قال بعده: وقاله في الكتاب -يعني المدونة- والذي فيها إنما هو بالباء، فدل أنه لا فرق بين الباء والواو، وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: والصحيح من المذهب الإجزاء بقول والله الذي لا إله إلا هو. انتهى. وفي المنتقى للباجي: واتفق أصحابنا على أن الذي يجزىء من التغليظ باليمين بالله الذي لا إله إلا هو، فإن قال والله الذي لا إله إلا هو، أو قال والله فقط فقال أشهب لا يجزئه حتى يقول والله الذي لا إله إلا هو، والظاهر أن التاء كذلك. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن العربي في العارضة في حديث ضمام¹: فيه دليل على تغليظه اليمين بالألفاظ وذلك جائز للحاكم وكرهه علماؤنا، ورواه الشافعي وما أحسنه، وقال: فيه دليل على تحليف الشاهد ويمينه لا تبطل شهادته، وهذا نص. انتهى.

مسألة: من وجب عليه يمين فحلف بالطلاق أو باللازمة. انظر الكلام على ذلك في أول الظهار من المشدالي.

ص: وغلظت في ربع دينار بجامع ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: ومن التبصرة: وأما التغليظ بالتحليف على المصحف فقال ابن العربي هو بدعة لم يرد عن أحد من الصحابة، وقد أجازها الشافعية. انظر الأحكام في سورة المائدة. انتهى.

فرع: قال القرافي في كتاب دعاوي عن بعض القرويين: إذا ادعى أحد المتفاوضين على شخص بثلاثة دراهم فليس عليه أن [يحلف¹⁴⁹⁷] في الجامع؛ لأن كل واحد إنما يجب له درهم ونصف، ولو ادعى عليهما بثلاثة دراهم حلفهما في الجامع؛ لأن كل واحد عليه درهم ونصفه، وهو كفيل بالثاني، فالثلاثة على كل واحد منهما. انتهى بعضه باللفظ وبعضه بالمعنى.

فرع: لا يحلف العليل في بيته إلا أن تشهد بيته أن به علة لا يستطيع الخروج معها لا راجلا ولا راكبا، والمسألة مطولة في البرزلي نقلها المتيطي قبل الكلام على حريم البئر. وقال في المسائل الملقوطة: ومن التبصرة كان ابن لبابة يفتي في المريضة تجب عليها اليمين في مقطع الحق أنها تحلف في بيتها على الحق. انتهى.

فرع: وأما التغليظ بالزمان فانظر كلامه في التوضيح فإنه يدل على أنه يتفق على تغليظ اليمين بالزمان في اللعان والقسامة، وجعل التغليظ بالزمان في مختصره في باب اللعان مستحبا فتأمل. وانظر ابن فرحون في تبصرته، وقال ابن عرفة: الباجي: وهل تغلظ بالزمان؟ روى ابن كنانة في كتاب ابن سحنون يتحرى بأيمانهم في المال العظيم والدماء واللعان وقتا يحضر الناس فيه المساجد ويجتمعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين، ولا بن حبيب عن الأخوين لا يحلف حين الصلاة إلا في الدماء واللعان، وأما في الحقوق ففي أي وقت حضر الإمام استحلفه، وقاله ابن القاسم وأصبع. انتهى.

1- البخاري في صحيحه، كتاب العلم، رقم الحديث 63، ط. دار الفجر.

- ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 12، ط. دار إحياء التراث العربي.

وَعُلِّظَتْ فِي رُبْعٍ دِينَارٍ بِجَامِعِ كَالْكَنْيَسَةِ وَبَيْتِ النَّارِ وَبِالْقِيَامِ لَا بِالِاسْتِقْبَالِ وَبِمَنْبَرِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَخَرَجَتْ الْمَخْدَرَةُ فِيمَا ادَّعَتْ أَوْ ادَّعِيَ عَلَيْهَا إِلَّا الَّتِي لَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَإِنْ مُسْتَوْلَدَةٌ فَلَيْلًا وَتَحْلِفُ فِي أَقْلٍ بَبَيْتِهَا وَإِنْ ادَّعَيْتَ قَضَاءً عَلَى مَيِّتٍ لَمْ يَحْلِفْ إِلَّا مَنْ يُظَنُّ بِهِ الْعِلْمُ مِنْ وَرَثَتِهِ وَحَلَفَ فِي نَقْصِ بَنَاتٍ وَغَشٍّ عَلِمًا وَاعْتَمَدَ الْبَاتُ عَلَى ظَنِّ قَوِي كَحُطِّ أَبِيهِ أَوْ قَرِينَةٍ وَيَمِينِ الْمَطْلُوبِ مَالَهُ عِنْدِي كَذَا وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ وَنَفَى سَبَبًا إِنْ عُيِّنَ وَغَيْرَهُ فَإِنْ قَضَى نَوَى سَلَفًا يَجِبُ رَدُّهُ وَإِنْ قَالَ وَقَفْتُ أَوْ لَوْلِي لَمْ يُمْنَعْ مُدَّعٍ مِنْ بَيِّنَتِهِ وَإِنْ قَالَ لِفُلَانٍ فَإِنْ حَضَرَ ادَّعِيَ عَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيلُ الْمُقَرَّرِ وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ وَغَرَمَ مَا قُوَّتُهُ أَوْ غَابَ لَزَمَهُ يَمِينٌ أَوْ بَيِّنَةٌ وَانْتَقَلَتِ الْحُكُومَةُ لَهُ فَإِنْ نَكَلَ أَخَذَهُ بِلَا يَمِينٍ وَإِنْ جَاءَ الْمُقَرَّرُ لَهُ فَصَدَّقَ الْمُقَرَّرُ أَخَذَهُ وَإِنْ اسْتَحْلَفَ وَلَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ أَوْ كَالْجُمُعَةِ يَعْلَمُهَا لَمْ تُسْمَعْ.

متن الخطاب ص: وبإتيان ش: قال في الرسالة في باب الأقضية: "يحلف قائما" وقال في القسامة: "ويحلفون في القسامة قياما" قال شارحها: فإن لم يحلفوا قياما فهل يكون ذلك نكولا أو لا؟ اختلف في ذلك.

218

انتهى. ولم يذكروا خلافا في شرح قول الرسالة في باب الأقضية: "ويحلف قائما".

ص: وخرجت المخدرة ش: ذكر البرزلي في مسائل اليمين لما تكلم على القول بأن المخدرة لا تخرج ويؤخذ من هذا أن الطالب لليمين لا يحضر معها وبعث القاضي يكفي، ونزلت وحكم فيها بأنه يقف حيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها؛ لأنه قابض لليمين، وعلى ما ذكر هنا يكون على وجه النيابة عنه. انتهى. وكأنه يشير إلى ما ذكره المشذالي في آخر باب الولاء، فإنه نقل عن ابن عرفة أنه قال: ذكر لنا شيخنا ابن عبد السلام أنه حكم لرجل بيمين على امرأة، وطلب حضوره معها لحلفها فأبست هي وزوجها خوف اطلاعه عليها، قال فحكمنا بحضوره إياها متباعدة عنها أقصى ما يسمع منها لفظ اليمين. انتهى. وذكر ابن عرفة المسألة في مختصره لما تكلم على اليمين، وقال بعد ما تقدم: وفيها - يعني المدونة - في الحالفة في بيتها ويبعث القاضي إليها من يحلفها لصاحب الحق: يجرئه رجل واحد. قلت: ظاهره أنه لا يقضى له بحضور يمينها في بيتها. انتهى.

ص: واعتمد البات على ظن قوي ش:

فرع: قال في النوادر في ترجمة جامع الأيمان من الجزء الأول من الأقضية فيمن ادعى على آخر ورث أباه لا وارث له غيره: أنه أودع أباه عبدا بعينه فقال الابن لا ندري أصدقت أم لا، فله أن يحلف الابن على علمه وبرأ، وهذا صواب. انتهى.

ص: ونفى سببا إن عين ش: تصوره من كلام شارحه ظاهر، وسئلت عن شخص بيده أمتعة فادعى عليه شخص قريب له أنها مخلفة عن مورث مورثه، وأنها مشتركة بين مورثه وبين المدعى عليه فأجاب المدعى عليه بأنها ملكه وليست مخلفة عن مورثه فهل تلزمه اليمين كذلك، أو يحلف أنها

219

ملكه فقط؟ فأجبت/ إذا ادعى المدعي أن الأمتعة مخلفة عن مورث مورثه يلزم المدعى عليه اليمين على نفي ذلك فيحلف أنها ملكه وليست مخلفة عن مورثه. والله أعلم.

ص: وإن [قال¹⁴⁹⁸] لفلان فإن حضر ادعى عليه فإن حلف فللمدع تحليف المقر وإن لم يحضر فللمدع ما قوته أو غاب لزمه يمين أو بيينة وانتقلت الحكومة له فإن نكل أخذه ببل لا يمين وإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه ش: أي وإن قال المدعى عليه ليس هذا الشيء المدعى فيه ملكا لي

متن الخطاب بل هو لفلان فلا يخلو إما أن يكون فلان حاضرا أو غائبا، فإن حضر فلان [وصدق¹⁴⁹⁹] المقر فيما أقر له به ادعى عليه، فإن رجع وسلم أنه للمدعي فواضح، وإن صمم على أنه له فإما أن يقيم المدعي البينة، أو يحلف المقر له، فإن أقام البينة فواضح، وإن حلفه فلا يخلو إما أن يحلف أو ينكل، فإن نكل قال ابن عرفة عن المازري: حلف المدعي وثبت حقه، فإن نكل المدعي فلا شيء له عليه، وهل له تحليف المقر أنه ما أقر إلا بالحق كما في الصورة الآتية أم لا؟ قال ابن عبد السلام: ليس له ذلك لأنها لو وجبت لكان للمقر النكول عنها، وإذا نكل عنها لم يكن للمدعي أن يحلف لأنه قد توجه عليه هذا الحلف ونكل عنه.

قلت: ونحوه قول عياض في الوكالات: إذا اطلع بائع السلعة من [وكيل¹⁵⁰⁰] على شرائها على زائف في الثمن فأحلف الأمر فنكل فوجب اليمين للبائع قال وليس له أن يحلف المأمور. عياض: لأن نكوله عن يمين الأمر نكول عن يمين المأمور. انتهى. ولم يتكلم المؤلف على هذا القسم، وهو نكول المقر له وإنما تكلم على قسيميه فقال: فإن حلف صح له ما ادعى، ثم يكون الخصام بين المدعي والمقر كما قال المؤلف فللمدعي تحليف المقر أنه ما أقر إلا بالحق. ابن عرفة عن المازري: وأنه ما [أقر لإتلاف¹⁵⁰¹] حق المدعي إذ لو اعترف أنه أقر بالباطل، وأن المقر به إنما هو لمدعيه لزمه الغرم فإن حلف أنه لم يقر إلا بالصدق، ولا حق فيه للمدعي سقط مقال المدعي. انتهى. وإن نكل المقر عن اليمين حلف المدعي وغرم له المقر ما فوته أي ما أتلف عليه بإقراره، إن كان مقوما بقيمته، وإن كان مثليا فمثله. قاله ابن الحاجب.

قال في التوضيح: قال المازري بعد أن ذكر ما ذكره المؤلف -يعني ابن الحاجب- إن للمدعي بعد تحليف المقر له أن يحلف المقر أيضا. قال: وعلى قول من ذهب من الناس إلى أن متلف الشيء بإقراره لغير مستحقه لا يطلب بالغرامة لا يمين هنا على المقر؛ لأنه لم يباشر الإتلاف، وإنما قال قولاً حكم الشرع فيه بإخراج ما أقر به من يده وكان سببا في إتلافه؛ فلهذا لا يمكن من تحليفه، وأشار المازري أيضا إلى أن من الناس من رأى أنه لا غرامة على المقر إذا نكل عن اليمين بعد القول بتوجهها عليه. ابن عبد السلام: وفيه نظر. انتهى كلام التوضيح. وعلى ما ذكر ابن الحاجب والمؤلف لو نكل المدعي عن اليمين بعد نكول المقر عن الحلف فلا شيء له، كما تقدم في كلام ابن عبد السلام الذي نقله عنه ابن عرفة/ فراجع، وهذا الكلام فيما إذا كان المقر له حاضرا، وأما إذا كان غائبا فهو المشار إليه بقوله: "أو غاب" وكان الأحسن أن يقول وإن غاب أي المقر له.

قال في التوضيح: فإن غاب غيبة بعيدة فلا خلاف أنه لا يسلم لمدعيه بمجرد دعواه، ولا خلاف أيضا أنه لا يقبل قول المدعي عليه مجردا عن يمين أو بينة. انتهى. فلذلك قال المؤلف: "لزمه" أي المقر

1499 - في المطبوع وما يابى 160 ويحيى ص 103 وصدقه وما بين المعقوفين من ن عود ص 219 ويم ص 110 و م ص 73.

1500 - في المطبوع وكل ما بين المعقوفين من يم 110 وم 73 ويحيى 446 وما يابى 160.

1501 - في المطبوع إلا لإتلاف وما بين المعقوفين من ن عود ص 216 ويحيى ص 103 ويم ص 110 و م ص 73 وما يابى 161.

نص خليل وَإِنْ نُكِّلَ فِي مَالٍ وَحَقِّهِ اسْتَحَقَّ بِهِ إِنْ حَقَّقَ وَلِيُبَيِّنَ الْحَاكِمُ حُكْمَهُ وَلَا يُمَكِّنُ مِنْهَا إِنْ نُكِّلَ بِخِلَافِ مُدْعَى عَلَيْهِ التَّزَمَهَا ثُمَّ رَجَعَ وَإِنْ رُدَّتْ عَلَى مُدْعٍ وَسَكَتَ زَمْنَا فَلَهُ الْحِلْفُ.

متن الخطاب يمين أنه لفلان الغائب أو بينة على ذلك، فإن أقام البينة فلا كلام في أن الخصومة تنتقل بين المدعي والغائب كما قال المؤلف: "وانتقلت الحكومة له" أي للغائب، وإن لم يقيم البينة وأراد المدعي تحليف المقر فقال أشهب إن اليمين تلزمه كما قال المؤلف، وللمازري كلام خلاف هذا، نقله في التوضيح، فإن نكل المقر عن اليمين أخذه المدعي بلا يمين، وإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه، وهو نحو قول ابن الحاجب، فإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه، فإن كان مرادهم إذا أقام المقر بينة أو حلف فواضح، وإن كان مرادهم إذا نكل المقر عن اليمين وأخذه المدعي بلا يمين فالظاهر أنه لا يأخذه المقر له إلا بعد يمينه فتأمل. والله أعلم.

ص: وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق ش: أي استحق المدعي فيه به أي بالنكول المفهوم من السياق، وقوله: "بيمين" أي مع يمين إن حقق الدعوى وإن كانت يمين تهمة فإن الحق يثبت فيها بمجرد النكول على المشهور. صرح به ابن رشد. انتهى من التوضيح. قال ابن عرفة: ابن زرقون: اختلف في [توجه¹⁵⁰²] يمين التهمة، فمذهب المدونة في تضمين الصانع والسرقة أنها تتوجه، وقاله غير ابن القاسم في غير المدونة، وقال أشهب لا تتوجه، وعلى الأول فالمشهور لا تنقلب وفي سماع عيسى من كتاب الشركة أنها تنقلب.

قلت: هو كلام ابن رشد الباجي إن ادعى المودع تلف الوديعة وادعى المودع تعديه عليها صدق المودع إلا أن يتهم فيحلف. قاله أصحاب مالك. قال ابن عبد الحكم: فإن نكل ضمن، ولا ترد اليمين هنا ابن زرقون وفي [توجه¹⁵⁰³] يمين الاستحقاق على المستحق أنه ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه على البت كان المستحق ربعا أو غيره ثالثها إن كان المستحق غير ربع للمشهور وابن كنانة وبعض شيوخ ابن أبي زمنين. انتهى./

221

ص: ولا يمكن منها إن نكل ش: وسواء كان نكوله عند حاكم أو غيره، إذا شهد عليه بذلك. قال في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب المديان: وسئل عن الذي يدعي قبل الرجل حقا فيقول احلف لي على أن ما ادعيت عليك ليس بحق وتبرأ، فيقول المدعى عليه بل احلف أنت وخذ، فإذا هم المدعي أن يحلف للمدعى عليه قال لا أرضى بيمينك ولا أظنك تجترىء على اليمين وما أشبه ذلك وهل ذلك عند السلطان وغيره سواء. قال ابن القاسم: ليس للمدعى عليه أن يرجع، ولكن يحلف المدعي ويستحق حقه، على ما أحب الآخر أو كره؛ لأنه قد رد اليمين عليه، فليس له الرجوع فيها، وسواء كان ذلك عند السلطان أو غيره إذا شهد عليه بذلك وأقره.

قال ابن رشد: هذه المسألة متكررة في هذا السماع من كتاب الدعوى، ومثله في الديات من المدونة، ولا اختلاف أعلمه في أنه ليس له أن يرجع إلى اليمين بعد أن يردّها على المدعي، واختلف هل له أن يرجع إليها بعد أن نكل عنها ما لم يردّها على المدعي، فقيل ليس له ذلك، وهو ظاهر ما في الديات

الحديث

¹⁵⁰² - في المطبوع توجيه وما بين المعقوفين من ابن عرفة ص 171 مخطوط بمكتبة أحمد سالك بن ابوه.

¹⁵⁰³ * - في المطبوع توجيه وما بين المعقوفين من يحيى 447 وم 74.

نص خليل

وَإِنْ حَازَ أَجْنَبِيٌّ غَيْرَ شَرِيكِ وَتَصَرَّفَ ثُمَّ ادَّعَى حَاضِرٌ سَاكِتٌ بِلَا مَانِعٍ عَشَرَ سِنِينَ لَمْ تُسْمَعْ وَلَا بَيِّنَتُهُ إِلَّا بِإِسْكَانٍ وَنَحْوِهِ كَشَرِيكِ أَجْنَبِيٍّ حَازَ فِيهَا إِنْ هَدَمَ وَبَنَى.

متن الخطاب

[من¹⁵⁰⁴] المدونة ورواية عيسى عن ابن نافع في المدونة، وقيل له ذلك، وهو ظاهر قول ابن نافع في [المدنية¹⁵⁰⁵] انتهى. وانظر رسم الغيلة من سماع ابن القاسم في الديات ولا يعارض هذا ما وقع في كتاب ابن سحنون وقد فرق ابن عرفة بينهما في باب الإقرار ص: وإن حاز أجنبى غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه ش: ختم رحمه الله كتاب الشهادات بالكلام على الحيابة لأنها كالشاهد على الملك. قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: الحيابة لا تنقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز باتفاق، ولكنها تدل على الملك، كإرخاء الستور، ومعرفة العفاص والوكاء، وما أشبه ذلك، فيكون القول معها قول الحائز مع يمينه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: {من حاز شيئاً عشر سنين فهو له؛¹} لأن المعنى عند أهل العلم في قوله صلى الله عليه وسلم: {هو له} أي أن الحكم يوجب له بدعواه، فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيابة عاملة وهي عشرة أعوام دون هدم ولا بنيان، أو مع الهدم والبنيان، على ما نذكره من الخلاف في ذلك بعد هذا وادعاه ملكاً لنفسه بابتياح أو صدقة أو هبة وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه. انتهى. وسواء ادعى صيرورة ذلك من غير المدعي، أو ادعى أنه صار إليه من المدعي أما في البيع فلا أعلم فيه خلافاً وأما إن أقر أنه ملك المدعي وصار إليه بصدقة أو هبة ففيه خلاف ذكره في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، وقول ابن رشد: فيكون القول قول الحائز مع يمينه هو أحد القولين.

قال في الشامل: وفي يمين الحائز حينئذ قولان، والقول بنفي اليمين عزاه في التوضيح لظاهر نقل ابن يونس وغيره والقول باليمين عزاه لصريح كلام ابن رشد، فهو أقوى، وهو الظاهر. والله أعلم. ثم قال ابن رشد: والحيابة تنقسم إلى ستة أقسام أضعفها حيابة الأب عن ابنه، ويليها حيابة الأقارب الشركاء بالميراث أو غيره ويليها حيابة القرابة فيما لا شرك بينهم فيه والموالي والأختان الشركاء، بمنزلتهم ويليها حيابة الموالى والأختان فيما لا شرك بينهم فيه ويليها حيابة/ الأجانبين الشركاء وتليها حيابة الأجانب فيما لا شرك بينهم فيه، وهي أقواها والحيابة تكون بثلاثة أشياء [أضعفها السكنى¹⁵⁰⁶] والازدراع، ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعنق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله، والاستخدام في الرقيق والركوب في الدابة، كالسكنى فيما يسكن، والازدراع فيما يزرع، والاستغلال في ذلك كالهدم، والبنيان في الدور، والغرس في الأرضين. انتهى.

فبدأ المصنف بالكلام على القسم السادس، وهي حيابة الأجنبى غير الشريك فقال: "وإن حاز أجنبى

222

1 - المدونة، ج 9 ص 72.

الحديث

1504 - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من م 74 ويم 111 وما يابى 162 وسيد 31.

1505 - في المطبوع المدونة وما بين المعقوفين من ما يابى 162 وسيد 31.

1506 - في المطبوع أضعفها والسكنى وما بين المعقوفين من ن عود ص 216 ويحيى ص 104 ويم ص 90 و م ص 74 وما يابى 161.

متن الخطاب غير شريك"، واحترز بقوله: "أجنبي" من القريب، فإنه سيأتي حكمه، ويقول: "غير شريك" من الأجنبي الشريك، فإنه سيأتي أيضا حكمه، ومفعول قوله: "حاز" محذوف، أي حاز عقارا من دار أو أرض، وأما غير العقار فلا يقتصر في الحيابة إلى عشرة أعوام كما سيأتي بيانه، وقوله: "وتصرف" بمعنى أنه يشترط في الحيابة أن يكون الحائز يتصرف في العقار المحوز، وأطلق التصرف لينبه على أن حيابة الأجنبي غير الشريك يكفي فيها مطلق التصرف، ولو كان ذلك السكنى والازدراع الذي هو أضعف أنواع الحيابة، وهذا هو المشهور.

وقال في الرسم المذكور المشهور في المذهب أن الحيابة بينهم يعني بين الأجانب غير الشركاء تكون في العشرة الأعوام وإن لم يكن هدم ولا بنيان، وعن ابن القاسم أنها لا تكون حيابة إلا مع الهدم والبنيان، ولا خلاف أنها تكون حيابة مع الهدم والبنيان. انتهى. وقوله: ثم ادعى حاضر؛ يعني أنه يشترط في كون الحيابة مانعة من سماع دعوى المدعي أن يكون المدعي حاضرا، واحترز بذلك مما لو كان المدعي غائبا فإن له القيام، وإن طالبت المدة، إذا كانت غيبته بعيدة كالسبعة الأيام. قال في التوضيح: وإن كانت الغيبة قريبة كأربعة أيام وثبت عذره عن القدوم والتوكيل من عجز ونحوه فلا حجة عليه، وإن أشكل أمره فظاهر المذهب أنه على قولين.

قال ابن القاسم: لا يسقط حقه لأنه قد يضاعف عن القدوم، قيل له فإن لم يتبين عجزه عن ذلك؟ قال: قد يكون معذورا من لا يتبين عذره، وذكر ابن حبيب أنه يسقط حقه إلا أن يتبين عذره. انتهى. وانظر رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، وقوله: "ساكت" يعني أنه يشترط أيضا في الحيابة أن يكون المدعي ساكتا في مدة الحيابة، واحترز بذلك مما لو تكلم قبل مضي مدة الحيابة، فإن حقه لا يبطل، وقوله: "بلا مانع" يعني أن سكوت المدعي في المدة المذكورة إنما يبطل حقه إذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام، فلو كان هناك مانع يمنعه من الكلام فإن حقه لا يبطل، وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقراة والصهر.

وقد احترز المصنف من القراة والصهر بقوله أولا: "أجنبي" فيكون المراد بالمانع في كلامه الخوف؛ أي خوف المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستندا لذي سلطان، فإن كان سكوته لذلك لم يبطل حقه. قال الجزولي: وكذلك إذا كان للحائز على المدعي دين، ويخاف إن نازعه أن يطلبه ولا يجد من أين يعطيه. انتهى. فتأمل. ويدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيرا أو سفيها، فإن سكوته لا يقطع دعواه.

قال ابن فرحون في تبصرته في الباب السادس والستين: قال: قال ابن العطار ولا يقطع قيام البكر غير المعنسة، ولا قيام الصغير، ولا قيام المولى عليه الاعتماد المذكور بحضرته، إلا أن يبلغ الصغير، ويملك نفسه المولى عليه وتعنس الجارية وتحاز عنهم عشرة أعوام من بعد ذلك وهم عالمون بحقوقهم لا يتعرضون من غير عذر. انتهى. ويدخل في المانع أيضا ما إذا لم يعلم المدعي بالحيابة، أو لم يعلم بأن العقار المحوز ملكه.

قال في الرسالة: ومن حاز دارا على حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم. قال الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر كتاب/ الشهادات لما تكلم على الحياة: وفي الرسالة وصاحبها حاضر عالم. الشيخ: أي عالم [بمعلوماتين¹⁵⁰⁷] بتصرف الحائز وبأنها ملكه. قال في الوثائق المجموعة: حاضر عالم بأنها ملكه، وإذا كان وارثا ويدعي أنه لم يعلم فيحلف ويقضى له. انتهى. ونقله ابن فرحون في تبصرته عن الطخيزي عن أبي الحسن الصغير بلفظ: لا بد هنا من العلم بشيئين؛ وهما العلم بأنه ملكه، والعلم بأنه يتصرف فيه، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر؛ لأنه إذا علم بالتصرف قد [يقول¹⁵⁰⁸] ما علمت أنه ملكي، كما يقول الرجل الآن وجدت الوثيقة عند فلان، فيقبل قوله ويحلف، والعلم بهذين الوصفين قاله في الوثائق المجموعة وابن أبي زيد. انتهى. فرع: قال ابن ناجي في شرح الرسالة: قال ابن العربي: وانظر إذا قال علمت الملك ولم أجد ما أقوم به، ووجدته الآن هل يعذر أم لا؟

قلت: اختار شيخنا أبو مهدي أنه يقبل وذلك عذر، سواء كانت البينة التي وجد بينة استرعاء أم لا، والصواب عندي أنه لا يقبل منه؛ لأنه كالمقر والمعترف بأنه لا حق له فيه مدع رفعه. انتهى. زاد في شرح المدونة ثم وقعت بالقيروان بعد عشرة أعوام، فكتب فيها لشيخنا أبي مهدي، فأفتى بما صوبت. انتهى.

قال الشيخ يوسف بن عمر في شرح قول الرسالة: "لا يدعي شيئا" هذا إذا لم يمنعه مانع من القيام، وأما إن خاف سطوة الحائز، وأثبت ذلك، فهو على قيامه، وإن ادعى مغيب البينة، وقال ما سكت إلا لانتظار بينتي فلا يقبل قوله، والدعوى التي تنفعه إذا كان يخافه عند القاضي، وأما غير ذلك فلا ينفعه. انتهى. ونحوه للجزولي، ونصه: وأما إذا قال علمت أنها ملكي ولكن منعني من القيام عدم البينة والآن وجدت البينة فإنه لا ينفعه ذلك، ويقضى بها للحائز بعد يمينه؛ إذ لا بد من يمين القضاء. ثم قال بعد ذلك: وأما إن قال علمت بأنها ملكي ولم أعلم بالحياة فإنه لا يقبل قوله؛ لأن العرف يكذبه، وكذلك إن قال منعني من القيام عدم البينة، والآن وجدت أنها فإنه لا ينفعه ولا قيام له. انتهى. وفي أول مسألة من سماع أشهب من كتاب الاستحقاق ما يدل على أنه إذا ادعى عدم العلم بالحياة ينفعه ذلك ويحلف، وأنه محمول على عدم العلم.

وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة وصاحبها حاضر عالم ظاهر: كلام الشيخ أن الحاضر محمول على عدم العلم بالملكية حتى يثبت وعزاه بعض من لقيناه لابن سهل، وهو ظاهر التهذيب، وقيل إنه محمول على العلم حتى يتبين خلافه، وهو قول ابن رشد، وقيل بالأول إن كان وارثا وبالثاني إن لم يكن، قاله في الوثائق المجموعة وبه القضاء عندنا، هكذا كان يتقدم لنا أنها ثلاثة أقوال، والحق أن الذي في الوثائق المجموعة إنما هو التنبيه على فرع متفق عليه وهو إذا ادعى الوارث الجهل بملكية مورثه فإنه

1507 - في المطبوع بالمعلوماتين وما بين المعقوفين من ما يابى 163 ويحيى 448 ويم 111 وم 74.

1508 - في المطبوع يقال وما بين المعقوفين من م 74 وما يابى 163 ويم 111.

يقبل قوله مع يمينه. ثم قال بعده: قال ابن العربي: وانظر إذا قال علمت [الملك¹⁵⁰⁹] إلى آخر الفرع المتقدم، ويشير بالفرع المتفق عليه إلى ما نقله أبو الحسن وابن فرحون عن الوثائق المجموعة في كلامها المتقدم، وقوله: "عشر سنين" يعني أن مدة الحيابة [التي¹⁵¹⁰] تبطل دعوى المدعي عشر سنين، وهذا التحديد ذكره في المدونة عن ربيعة، ونصه: ولم يحد مالك في الحيابة في الربع عشر سنين ولا غير ذلك، وقال ربيعة: حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر إلا أن يقيم بينة أنه إنما أكرى، أو أسكن، أو أخدم، أو أعار، ونحوه ولا حيابة على غائب، وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {من حاز شيئاً عشر سنين فهو له¹} انتهى.

قال في التوضيح: وبهذا أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله عن زيد بن أسلم وذكر الحديث. ثم قال: ولا بن القاسم في الموازية أن السبع والثمان وما قارب العشرة مثل العشرة. انتهى. فتحصل في مدة الحيابة ثلاثة أقوال: الأول قول مالك في المدونة أنها لا تحدد بسنين مقدرة بل باجتهاد الإمام، وهكذا نقل ابن يونس فقال ولم يحد مالك/ في الرباع عشر سنين ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر فيما يهدم ويبنى ويسكن ويكرى. اهـ. وهكذا نقله ابن شأس وابن عرفة وسيأتي لفظه والقول الثاني أن مدة الحيابة عشر سنين، وهو القول الذي مشى عليه المصنف في كتاب الشهادات، وعليه اقتصر في الرسالة. قال في النوادر: وبه أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، وهكذا عزاه ابن يونس وابن شأس، وتقدم نحوه عن التوضيح، ونقله ابن عرفة عن النوادر.

وقال ابن يونس: قال ابن سحنون لما أمر الله نبيه بالقتال بعد عشر سنين كانت أبلغ شيء في الإعذار، واعتمد أهل المذهب على الحديث المتقدم، وعلى أن كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة، ولا شك أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين دليل على انتقاله عنه. والله أعلم. والقول الثالث أن مدة الحيابة سبع سنين فأكثر، وهو قول ابن القاسم الثاني، وقد ذكر ابن عرفة هذه الثلاثة الأقوال فقال: وفي تحديد مدة الحيابة بعشر أو سبع ثالثها لا تحديد [بمدة¹⁵¹¹] بل باجتهاد الإمام.

وقال في المسائل الملقطة: مسألة: في قناة تجري منذ سنة في أرض رجل، والذي تجري عليه ساكت، لا تكون السنة حيابة للتغافل عن مثلها، وسكوت أربع سنين طول وحوز. من كتاب الشهادات لابن يونس. انتهى. فتأمله مع ما تقدم. وهل يكون قولاً رابعاً أو لا؟ والله أعلم. وقوله: "لم تسمع ولا [بينته¹⁵¹²] هو جواب الشرط؛ يعني أن الحيابة إذا وقعت على الوجه المذكور فهي مانعة من سماع دعوى المدعي، والظاهر أن المراد بعدم سماعها عدم العمل بها وبمقتضاها من أنه لا يتوجه على

1509 * - في المطبوع المالك وما بين المعقوفين من م 75 وما يابى 163 ويم 112 ويحيى 448 وسيد 31.

1510 في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 223 ويحيى ص 105 ويم ص 91 و م ص 75 وما يابى 164.

1511 - في المطبوع بعدة وما بين المعقوفين من يم 112 وسيد 32.

1512 * - في المطبوع بينة وما بين المعقوفين من م 75 ويم 113 ويحيى 448.

المدعى عليه يمين إذا أنكر [لا¹⁵¹³] أنه لا تسمع ابتداء ولا يسأل المدعى عليه عن جوابها فإن ذلك غير ظاهر لاحتمال أن يقر المدعى [عليه بما ادعاه المدعى¹⁵¹⁴] ويعتقد أن مجرد حوزة يوجب له الملك، وقد تقدم أن الحوز وحده لا ينقل الملك، وإنما هو دليل على انتقال الملك، وقال صلى الله عليه وسلم: {لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم} قال ابن رشد في آخر الكلام على المسألة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق: وإن الحائز لا ينتفع بحيازته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها وهذا أصل في الحكم بالحيازة. انتهى.

وسياتي كلامه برمته في التنبيه الخامس في قول المصنف: "وإنما تفرق الدار من غيرها"، وقوله: "ولا بينته" يعني أن الحيازة المذكورة مانعة من سماع دعوى المدعى ومن سماع بينته أيضاً، فإن قيل قوله: "لم تسمع دعواه" يغني عن قوله: "ولا بينته" لأنه إذا لم تسمع الدعوى لم تسمع البينة فالجواب - والله أعلم - إنما قال: "ولا بينته" خشية أن يتوهم أن الدعوى المجردة عن البينة هي التي لا تسمع، وأما إذا قامت بها البينة فتسمع كما تقول في دعوى العبد على سيده العتق والمرأة على زوجها الطلاق فإن دعواهما لا تسمع إذا كانت مجردة عن البينة؛ أعني أنه لا يتوجه على السيد ولا على الزوج بسببهما يمين، فإن أقاما البينة على دعواهما سمعت، وأيضاً فإنما قال ولا بينته ليفرق عليه قوله إلا بإسكان ونحوه، والمعنى أنه لا تسمع بينة المدعى [على الحائز¹⁵¹⁵] إلا أن تشهد البينة للمدعى بأنه أسكن الحائز أو أعمره أو ساقاه أو زارعه أو شبه ذلك فإنه إذا أقام البينة على ذلك حلف المدعى على رد دعوى الحائز وقضي له هذا إن ادعى الحائز أن المالك باعه أو نحو ذلك، وأما إن لم يدع نقل الملك وإنما تمسك بمجرد الحيازة فلا يحتاج إلى يمين. قاله في التوضيح وغيره.

تنبيهات: الأول: الهدم والبناء مقيدان بما إذا لم يهدم ما يخشى سقوطه فإن ذلك لا ينقل الملك، وكذا الإصلاح اليسير. قاله في التوضيح.

الثاني: الحيازة على النساء عاملة إن كن في البلد. ذكره ابن بطال في المقنع.

الثالث: تقدم أنه لا حيازة على الغائب. قال ابن بطال: إلا أنه يستحب له إذا علم أن يشهد أنه

على حقه، وقاله الرجراجي.

الرابع: قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: وأما المدة فينبغي أن/ يستوي فيها الوارث والموروث لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: {من حاز شيئاً عشر سنين فهو له¹} وتضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة الموروث مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ما كان مورثه قد حازه خمسة أعوام فيكون ذلك حيازة عن الحاضر. انتهى.

الخامس: اختلف هل يطالب الحائز ببيان سبب ملكه؟ قال في التوضيح: قال ابن أبي زمنين لا

يطالب وقال غيره يطالب، وقيل إن لم يثبت أصل الملك [للمدعى¹⁵¹⁶] فلا يسأل الحائز عن بيان

225

1513 - ساقط من المطبوع وما يابى 165 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 224 ويم ص 91 و م ص 75.

1514 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في بم 112.

1515 - ساقطة من المطبوع (وفي يحيى 105 والحيازة) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 224 ويم ص 91 و م ص 75 وما يابى 165.

1516 - في المطبوع المدعى وما بين المعقوفين من ن ذي ص 225 ويحيى ص 105 ويم ص 91 و م ص 75 وما يابى 165.

أصل ملكه، وإن ثبت الأصل للمدعي ببينة أو بإقرار الحائز سئل عن سبب ذلك، وقال ابن عتاب وابن القطان لا يطالب إلا أن يكون معروفا بالغصب والاستطالة والقدرة على ذلك. انتهى باختصار. وظاهر كلام ابن رشد في رسم سلف أن الحائز يطالب ببيان سبب ملكه؛ [لأنه قال: ¹⁵¹⁷] إذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحياة عاملة، وادعاه ملكا لنفسه بابتياح أو صدقة أو هبة وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه، واختلف إذا كان هذا الحائز وارثا فقليل إنه بمنزلة الذي ورث ذلك عنه في أنه لا ينتفع بها دون أن يدعي الوجه الذي يصير به ذلك إلى مورثه وهو قول مطرف وأصبع، وقيل ليس عليه أن يسأل عن شيء؛ لأنه يقول [ورثت ¹⁵¹⁸] ذلك، ولا أدري بماذا صار ذلك إليه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من هذا الكتاب وقول ابن الماجشون، وقوله عندي بين، فإنه ليس عليه أن يسأل عن شيء. انتهى.

وأفتى في نوازله بأن الحائز لا يطالب بشيء حتى يثبت القائم عليه الملك، وسيأتي كلامه في التنبيه السادس، وجزم في شرح آخر مسألة من نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار بأنه إذا ثبت أصل الملك لغيره فلا بد من بيان سبب ملكه، قال: بأن يقول اشتريته منه، [أو وهبه ¹⁵¹⁹] لي، أو تصدق به علي أو يقول ورثته عن أبي أو عن فلان ولا أدري بأي وجه [تصير ¹⁵²⁰] إلى الذي ورثته منه. قال: وأما مجرد دعوى الملك دون أن يدعي شيئا من هذا فلا ينتفع به مع الحياة، إذا ثبت أصل الملك لغيره. انتهى.

فرع: قال ابن سهل في مسائل الأقضية: من ادعى عليه بأملك فقال عندي وثائق غائبة، ثم طولب عند حاكم آخر فأنكر تلك المقالة، فقال ابن العطار ليس عليه إحضار الوثائق. انتهى. [وانظر ¹⁵²¹] تمامها فيه، [السادس ¹⁵²²] لا تسقط الحياة ولو طالعت الدعوى في الحبس، بذلك أفتى ابن رشد في نوازله في جواب المسألة الخامسة من مسائل الوقف، وهي مسألة تتضمن السؤال عن جماعة واضعين أيديهم على أملاكهم وموروثهم وموروثهم نحو من سبعين عاما يتصرفون فيه بالبناء والغرس والتعويض والقسمة [وكثير ¹⁵²³] من وجوه التفويت فادعى عليهم بوقفيته شخص حاضر عالم بالتفويت المذكور والتصرف، هو ومورثه من قبله، ونصه: ولا يجب القضاء بالحبس إلا بعد أن يثبت التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس، وبعد أن تتعين الأملاك المحبسة بالحياة لها على ما تصح فيه الحياة، فإذا ثبت ذلك كله على وجهه وأعذر إلى المقوم عليهم فلم يكن لهم حجة إلا

- 1517 - في المطبوع لأنه حينئذ قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 225 ويحيى ص 105 ويم ص 92 و م ص 75 وما يابى 165.
- 1518 - في المطبوع ورثنا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 225 ويحيى ص 105 ويم ص 92 و م ص 75 وما يابى 166.
- 1519 - * في المطبوع أو وهب وما بين المعقوفين من يحيى 449.
- 1520 - في المطبوع يصير وما بين المعقوفين من يم 113 وسيد 32.
- 1521 - في المطبوع انظر وما بين المعقوفين من ن ز ص 225 ويحيى ص 105 ويم ص 92 و م ص 76 وما يابى 166.
- 1522 - في المطبوع الثالث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 225 ويحيى ص 105 ويم ص 92 و م ص 76 وما يابى 166.
- 1523 - في المطبوع وما يابى 166 ويم ص 92 و م ص 76 كثيرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 225 ويحيى ص 105.

متن الخطاب من ترك القائم وأبيه قبله عليهم وطول سكوتهما عن طلب حقهما مع علمهما بتفويت الأملاك فalcضاء بالحبس واجب والحكم به لازم. انتهى. وأفتى بذلك أيضا في المسألة السادسة من مسائل الدعوى والخصومات في مسألة ابن زهر؛ وهي مسألة تتضمن أن رجلا في ملكه ضيعة ورثها عن سلفه منذ سبعين عاما هو وأبوه، وهم يتصرفون فيها تصرف المالك في ملكه، فقام عليه رجل وادعى أن الضيعة رهن بيده وبذلك [تملكها¹⁵²⁴] سلفه قبله منهم، واستدعى عقد السماع بالرهن فأثبت الذي بيده الضيعة أن جده ابتاعها من جد القائم عليه فيها.

فأفتى أن شهادة الشراء أعمل، ثم قام ذلك الرجل المشتري المدعي الرهنية بعينه وادعى أنها حبس عليه وأثبت عقد التحبيس بالشهادة على/ خطوط شهادته، فهل ترى قيامه أولا بالرهن يبطل قيامه بالحبس أم لا؟ فأجاب كان من وجه الحكم أن لا يكلف الذي بيده الضيعة من أين صارت إليه، حتى يثبت القائم ملك الراهن لها، ورهنه إياها، وموته، وأنه وارثه أو وارث وارثه، وكذلك الحكم في قيامه بالحبس سواء في مذهب مالك وجميع أصحابه، غير أن قول المقوم عليه إن جده ابتاعها من جد القائم عليه إقرار منه له بملكها، فإن كان هو المحبس وأثبت حفيده عقد التحبيس، وأنه من عقبه لا عقب له غيره بالسماع إن عجز عن البينة القاطعة، وأعذر إلى المقوم عليه فيما ثبت من ذلك فلم يكن عنده فيه مدفع، فالواجب أن يسأل المقوم عليه، فإن أقر أنها هي التي وقع ذكرها في كتاب التحبيس لم يجب على القائم فيها حيازة؛ لاتفاقهما عليه، [ونظر إلى¹⁵²⁵] تاريخ كتاب صاحب التحبيس وتاريخ السماع بشراء جد المقوم عليه من جد القائم، فإن وجد تاريخ الحبس أقدم قضي به وبطل الشراء ووجب الرجوع بالثمن، وإن وجد تاريخ السماع بالشراء أقدم أو لم يعلم أيهما أقدم قبل صاحبه قضي بالشراء، وبطل التحبيس، وهكذا الرواية في ذلك.

ثم قال في جواب ثان على المسألة بعينها إثر الجواب الأول: وسائر ما تضمنه عقد التحبيس الثابت لا يوجب أن يسأل من بيده شيء من ذلك من أين صار له، ولا يعتقل عليه، ولا يكلف إثباتا ولا عقلا إلا من بعد أن يثبت القائم بالتحبيس ملك المحبس لما حبسه ويحوز ما أثبت تحبيسه حيازة صحيحة على الوجه الذي ذكرناه، وهذا أصل لا اختلاف فيه، أعني أن من بيده ملك [يدعيه لا¹⁵²⁶] يكلف إثبات من أين صار له حتى يثبت المدعي ما ادعاه ويحوزه، ولا يلزم المقوم عليه إذا قضي ببقاء الملك بيده وحكم بقطع الاعتراض عنه بشيء من ثمن ما ادعى شراؤه إذا مضى من طول المدة ما [يصدق¹⁵²⁷] فيه المبتاع على أداء ثمن ما ابتاعه في قول مالك، وجميع أصحابه، ولو لم يمض لم يحكم للمدعي أيضا بالثمن حتى يرجع عما ادعاه من التحبيس إلى تصديق دعوى المشتري على

1524 - في المطبوع ملكها وما بين المعقوفين من ن ذي ص225.

1525 * - في المطبوع وانظر وما بين المعقوفين من سيد32 ومايبي166 ويم113 وم76.

1526 - في المطبوع لا يدعيه وما بين المعقوفين من ن ذي ص226 ومايبي167 وم76 ويم113 ويحيى450.

1527 - في المطبوع صدق وما بين المعقوفين من ن عقود ص226 ويحيى ص106 ويم ص92 وم ص76 ومايبي167.

نص خليل وفي الشريك القريب معهما قولان.

متن الخطاب اختلاف أصحابنا المتقدمين. [انتهى.¹⁵²⁸] واستفيد من هذه المسألة فوائد منها: أنه مشى على أنه لا يسأل واضع اليد عن شيء حتى يثبت القائم الملك ومنها حكم شهادة السماع في الرهن، ومنها القضاء بالتاريخ السابق، ومنها إذا جهل السابق من تاريخ الشراء أو الحبس قضي بتاريخ الشراء وبطل الحبس، وأفتى غيره أنه إذا جهل التاريخ قدم الحبس. والله أعلم.

ص: وفي الشريك القريب معهما قولان ش: يعني أنه اختلف في الشريك القريب إذا حاز العقار بالبناء والهدم هل تكون مدة الحيابة في حقه عشر سنين كالأجنبي أو لا يكفي في ذلك عشر سنين/ ولم يبين المصنف قدر مدة الحيابة على القول الثاني، والقولان لابن القاسم ذكرهما في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، فكان أولاً يقول إن العشر سنين حيابة ثم رجع إلى أن ذلك لا يكون حيابة إلا أن يطول الأمر أزيد من أربعين سنة.

تنبيهات: الأول: ظاهر كلام المصنف وغيره أن القولين متساويان، وقد علمت أن القول الذي رجع إليه ابن القاسم أن ذلك لا يكون حيابة، ولا شك أن العمل على القول المرجوع إليه فتأمله. [والله تعالى أعلم.¹⁵²⁹]

الثاني: علم من قول المصنف: "معهما" أنه لا تحصل الحيابة بين القرابة الشركاء إذا لم يكن هدم ولا بنیان، وهو كذلك كما سيأتي في كلام ابن رشد في شرح قول المصنف: "وإنما تفترق الدار من غيرها، ويأتي أيضا هناك بيان حكم الحيابة بين القرابة الشركاء في غير العقار. والله أعلم.

الثالث: لم يذكر المصنف حكم القريب الذي ليس بشريك، وذكر ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم أن قول ابن القاسم اختلف في ذلك فجعله مرة كالقريب الشريك قال: فيكون قد رجع عن قوله إن الحيابة لا تكون بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبنیان إلى أنه لا حيابة بينهم في ذلك إلا مع الطول الكثير، وهو نص قوله في سماع يحيى المذكور ومرة رآهم بخلاف ذلك، فلم يرجع عن قوله إن الحيابة تكون بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبنیان، وهو دليل قوله في السماع المذكور. انتهى.

قلت: فعلم من كلام ابن رشد هذا أن القول بأن حكم القريب الذي ليس بشريك كحكم القريب الشريك هو الراجح لقوله إنه نص قول ابن القاسم وأن الثاني إنما هو مفهوم من كلام ابن القاسم فتأمله وتحصل من هذا أن الحيابة بين القرابة، سواء كانوا شركاء أو غير شركاء لا تكون بالسكنى والازدراع، وإنما تكون بالهدم والبناء في الأمد الطويل الذي يزيد على أربعين سنة على الأرجح من القولين. والله أعلم.

الرابع: محصل كلام ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق [1530] أن الحيابة لا تكون بين أب وابنه بالسكنى والازدراع والاستخدام والركوب اتفاقاً، وكذلك الأقارب الشركاء بميراث وغيره على أظهر، وكذا الشركاء [الأجانب بخلاف الأجانب الذين لا شركة

الحديث

1528 - في المطبوع أي وما بين المعقوفين من ن عدود ص226 ويحيى ص106 ويم ص92 و م ص76 ومايأبى167.

1529 - ساقط من المطبوع ومايأبى167 ويحيى ص106 ويم ص92 و م ص76 وما بين المعقوفين من ن عدود ص227.

1530 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص227 ويحيى ص106 ويم ص92 و م ص76 ومايأبى167.

لَا بَيْنَ أَبٍ وَابْنِهِ إِلَّا بِكَهْبَةٍ إِلَّا أَنْ يَطُولَ مَعَهُمَا مَا تَهْلِكُ الْبَيِّنَاتُ وَيَنْقَطِعُ الْعِلْمُ وَإِنَّمَا تَفْتَرِقُ الدَّارُ مِنْ غَيْرِهَا فِي الْأَجْنَبِيِّ فِي الدَّابَةِ وَأَمَةِ الْخِدْمَةِ السَّنَتَانِ وَيُزَادُ فِي عَبْدٍ وَعَرَضٌ.

نص خليل

بينهم¹⁵³¹ فتكفي الحيازة عشرة أعوام، وإن لم يكن هدم ولا بنيان على المشهور، وإن حصل هدم وبناء وغرس فتكفي العشرة الأعوام في الشريك الأجنبي، وفي الشريك القريب مع ذلك قولان، وفي كون ذلك [للقريب¹⁵³²] غير الشريك والمولى والصهر [الشريكين¹⁵³³] [حيازة¹⁵³⁴] ثالثها في الصهر والمولى دون القريب، وفي كون السكنى والازدراع في العشرة حيازة لمولى وصهر غير شريكين، أو إن هدم وبنى أو إن طال جدا أقوال. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: لا بين أب وابنه إلا بكهبة ش: قال ابن رشد في رسم/ سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: وتحصل الحيازة في كل شيء بالبيع والهبة والصدقة والعق والتدبير والكتابة [الوطه¹⁵³⁵]، ولو بين أب وابنه، ولو قصرت المدة، إلا أنه إن حضر مجلس البيع فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع في حصته، وكان له الثمن، [وإن سكت¹⁵³⁶] [بعد العام ونحوه¹⁵³⁷] [حقه¹⁵³⁸] [وإن سكت العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحققه الحائز، وإن حضر مجلس الهبة والصدقة والتدبير والعق فسكت حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء، وإن لم يحضر ثم علم، فإن قام حينئذ كان له حقه، وإن سكت العام ونحوه فلا شيء له، ويختلف في الكتابة هل تحمل على البيع أو على العتق؟ قولان. انتهى مختصراً.

228

ص: وإنما تفترق الدار من غيرها في الأجنبي ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان ويزاد في عبد وعرض ش: يعني أنه إنما [يفرق¹⁵³⁹] بين الدور وغيرها في مدة الحيازة إذا كانت الحيازة بين الأجانب، وأما في حيازة القرابة بعضهم على بعض فلا يفرق بين الدور وغيرها، قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق إن الأقارب والشركاء بالميراث أو بغير الميراث لا خلاف أن الحيازة بينهم لا تكون بالسكنى والازدراع، ولا خلاف أنها تكون بالتفويت بالبيع والصدقة والهبة والعق والكتابة والتدبير والوطه، وإن لم تطل المدة. [قال: ¹⁵⁴⁰] والاستخدام في الرقيق

الحديث

1531 * - في المطبوع الاجانب الذين الشركة بينهم وما بين المعقوفين من يم 113 ويحيى 450 وسيد 32.
1532 - في المطبوع ويم 114 وم 76 ويحيى 450 ومايaby 108 القريب وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص 227.
1533 - في المطبوع الشريكان ومايaby 168 وما بين المعقوفين من ن ز ص 227 ويحيى ص 106 ويم ص 93 و م ص 76.
1534 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 227 ويحيى ص 106 ويم ص 93 و م ص 76 ومايaby 168.
1535 - في المطبوع الولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 228 ويحيى ص 106 ويم ص 93 و م ص 76 ومايaby 168.
1536 * - لفظ البيان، ج 11 ص 148 وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن الخ.
1537 - في المطبوع حتى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 228 ويحيى ص 106 ويم ص 93 و م ص 76 ومايaby 168 (وفي الزايد بعد انقضاء المجلس حتى انقضى العام الخ)
1538 - في المطبوع منه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 228 ويحيى ص 106 ويم ص 93 و م ص 76 ومايaby 168.
1539 - في المطبوع يفترق وما بين المعقوفين من ن ذي ص 228 ويحيى ص 106 ويم ص 93 و م ص 76 ومايaby 168.
1540 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 228 ويحيى ص 107 ويم ص 93 و م ص 77 ومايaby 168.

متن الخطاب

والركوب في الدواب كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع. قال: والاستغلال في ذلك كالهدم والبنيان في الدور وكالغرس في الأرضين. ثم قال: ولا فرق في مدة حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي [مال الأجنبي¹⁵⁴¹] بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول والاستخدام والركوب واللباس في الرقيق والدواب والثياب فقد قال أصبغ إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتن، وإن السنتين والثلاثة حيازة في الدواب إذا كانت تركب وفي الإماء إذا كن يستخدمن وفي العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ في شيء من ذلك كله بين الأجنبيين إلى العشرة الأعوام كما يصنع في الأصول. انتهى.

تنبيهات: الأول: علم من كلام ابن رشد أن اللباس في الثياب كالسكنى في الدور وأنه لا تحصل حيازة بين الأقارب ولو طالّت المدة وأن [الاستغلال¹⁵⁴²] في الرقيق والدواب والثياب بمعنى قبض أجرة العبيد والدواب والثياب كالهدم والبنيان في العقار فلا تحصل الحيازة بين الأقارب في الرقيق والثياب والعروض إلا بالاستغلال، ويختلف في مدتها على القولين السابقين اللذين أشار إليهما المصنف بقوله: "وفي الشريك القريب معهما قولان: أو بالأمور المفوتة كالبيع والهبة والصدقة والعق والوطء، ويعلم هذا من كلام المصنف؛ لأنه لما جعل ذلك مفوتاً بين الأب وابنه علم أنه مفوت في حق غيرهما من باب أخرى. والله أعلم.

الثاني: فهم من قول المصنف: "في الأجنبي" أن القريب لا تفترق الدار من غيرها في حقه، سواء كان شريكاً أو غير شريك ففيه إشارة إلى ترجيح القول بتساويهما كما تقدم ذلك.

الثالث: تقدم في كلام ابن رشد [أن¹⁵⁴³] الثياب يكفي في حيازتها السنة والسنتان ولم يتعرض لها المصنف، بل قد يفهم من كلامه دخولها في العروض فتنبه لذلك.

الرابع: التفصيل الذي ذكرناه عن ابن رشد لا يؤخذ من كلام المصنف ولم ينقله في التوضيح، وهو أتم فائدة فتأمل. والله أعلم.

الخامس: في المدة التي يسقط بها طلب الدين. قال في المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة المنسوب لولد ابن فرحون: الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له، ويصدق الغريم في دعوى الدفع ولا يكلف الغريم ببينة لإمكان/ موتهم أو نسيانهم للشهادة. انتهى من منتخب الحكام لابن أبي زمنين. وفي كتاب محمد بن ياسين في مدعي دين سلف بعد عشرين سنة أن المدعى عليه مصدق في القضاء إذ الغالب أن لا يؤخر السلف مثل هذه المدة كالبيوعات. انتهى كلام المسائل الملقوطة. وقال والده ابن فرحون في تبصرته في الباب الثاني والسنتين في القضاء في شهادة الوثيقة والرهن على استيفاء الحق: فرع: وفي مختصر الواضحة في آخر باب الحيازة قال عبد الملك: وقال لي مطرف وأصبغ إذا ادعى رجل

229

الحديث

1541 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 ويحيى ص107 ويم ص93 و م ص77 ومايأبى168.

1542 - في المطبوع الاستقلال ومايأبى168 وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 ويحيى ص107 ويم ص93 و م

ص77.

1543 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م77 ويحيى451 ويم114 ومايأبى169 وسيد32.

متن الخطاب على رجل حقا قديما وقام عليه بذكر حقه وذلك القيام بعد العشرين سنة ونحوها أخذه به وعلى الآخر البراءة منه. وفي مفيد الحكم أن ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل إلا بطول الزمان، كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك [الديون¹⁵⁴⁴] وإن كانت معروفة في الأصل إذا طال زمانها هكذا ومن هي له وعليه حضور فلا يقوم عليه بدينه إلا بعد هذا [من¹⁵⁴⁵] الزمان، فيقول قد قضيتك وباد شهودي بذلك فلا شيء على المديان غير اليمين.

قال: وكذلك الوصي يقوم عليه اليتيم بعد طول الزمان وينكر قبض ماله من الوصي فإن كانت مدة يهلك في مثلها شهود الوصي فلا شيء عليه، وإلا فعليه البينة بالدفع. انتهى. وقال البرزلي في أثناء مسائل البيوع: رأيت جوابا وأظنه للمازري في الديون فقال: إذا طال الزمان على الطالب وبيده وثائق وأحكام، وهو حاضر مع المطلوب، ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه، وسكت عن الطلب فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة، في الوثائق والأحكام هل حد ذلك عشرون سنة؟ وهو قول مطرف، أو ثلاثون سنة وهو قول مالك؟ واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب، وقوله عليه السلام: {لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم} معلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة، وعدم القدرة على الطلب مع الحضور، حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب؛ بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: {من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به} فأطلق عليه السلام ذكر الحيازة فهو عام في كل ما يحاز من ريع ومال معين وغيره، ومن اجتهد فحد في الرباع العشر سنين وحد في الدين العشرين والثلاثين رأى أن ذلك راجع إلى حال الطالب مع المطلوب، فمن غلب على حاله كثرة المشاحة، وأنه لا يمكن أن يسكت عن خصمه عشر سنين جعلها حدا قاطعا، ومن جعلها عشرين سنة أو ثلاثين أي أنها أقصى ما يمكن السكوت في بيع [المتحمل¹⁵⁴⁶] فجعلها حدا قاطعا لأعدار الطالبين؛ لأن الغالب من الحال أنه قضاه.

وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب، وقاله مالك فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب. قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصيح وإذا كان طول المدة مع حضور الطالب وسكوته مانعا له من الطلب فالطلب ممنوع في سائر المطالب [من ديون و¹⁵⁴⁷] وثائق وأحكام ورباع؛ بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب بأنه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب.

قلت: هذا الجواب يقتضي أن ما بعد الثلاثين مجمع عليه، وإذا أجراه على مسائل الحيازة ففيها قريب القرابة والبعيد والمتوسط والمقاطع لقريبه والمواصل له فيجري عليها، وفي بعضها ما يبلغ الخمسين وأكثر، مع أنني أحفظ لابن رشد في شرحه أنه إذا تقرر الدين وثبت لا يبطل وإن طال لعموم الحديث المتقدم، واختاره التونسي، إذا كان ذلك بوثيقة مكتوبة، وهي في يد الطالب والطلب بسببها؛

1544 - في المطبوع الدين وما بين المعقوفين من يحيى 107 ويم 93 وم 77 وما يابى 169.

1545 - في المطبوع بطول وما بين المعقوفين من سيد 32 ويم 114 والتبصرة، ج 2 ص 85.

1546 - * في يم 114 وسيد 32 للتحمل.

1547 - في المطبوع دون وثائق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 229 ويحيى ص 107 وم ص 77 وما يابى 169.

باب إن أتلّف مكلّف وإن رُقّ غير حربيٍّ ولا زائد حُرّيّة أو إسلام حين القتل إلا لغيلة معصوماً للتلّف والإصابة بإيمان أو أمان كالمقاتل من غير المُستحقّ.

نص خليل

متن الخطاب 230 لأن بقاءها بيد ربها دليل على أنه لم يقبض دينه؛ إذ العادة إذا قبض دينه أخذ عقده أو مزقه بخلاف إذا كانت الديون بغير عقود [أو¹⁵⁴⁸] وجدت [بيد¹⁵⁴⁹] المطلوب وإلا ففيها قولان حكاها ابن رشد/ وخرجهما على القولين في الرهن إذا وجد بيد الراهن هل هو إبراء له أم لا لجواز [وقوعه أو التسور¹⁵⁵⁰] عليه ونحو ذلك، وقياسه على باب الحيّزة فيه نظر لما أصل ابن رشد أن ترجيح الحيّزة إنما هو فيما جهل أصله، وأما إذا ثبت أصله بكراء أو إعارة أو إعمار أو غير ذلك فلا يزال الحكم كذلك وإن طال الزمان والدين إن ثبت أصله أيضاً وإن كان في هذا الأصل خلاف في كتاب الولاء من المدونة، لكن مذهب ابن القاسم ما ذكره خلافاً لقول الغير.

وعليه جرى عمل القضاة في هذا الزمان بتونس ما لم تقترن قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان فيعمل عليها في البراءة. والله أعلم. انتهى. ويشير -والله أعلم- بقوله: "وقياسه على باب الحيّزة فيه نظر" لما أصل ابن رشد أن ترجيح الحيّزة إنما هو فيما جهل أصله إلى ما قاله في شرح المسألة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، ولنذكر المسألة وكلامه عليها، ونصها: مسألة قال يحيى وسألت ابن القاسم عن رجل أصدق امرأة عن ابنه منزلاً فلما دخل ابنه بالمرأة أخذت المنزل إلا حقولاً يسيرة تركتها في يد حموها فلم تزل في يده حتى مات بعد طول زمان ثم أرادت المرأة أخذها فمنعها ورثة الحمو وقالوا قد عابنتيها زماناً من دهرك وهي في يده ولا [تشهدين¹⁵⁵¹] عليه¹⁵⁵² بعارية ولا كراء ولا ندري لعلك أرضاك من حقك أترى للمرأة في ذلك حقاً قال نعم لها أن تأخذ تلك الحقول التي هي مما كان أصدقها الحمو عن ابنه ولا يضرها طول ما تركت ذلك في [يد¹⁵⁵³] الحمو لأنها ليست بالصدقة فتلزم حيازتها، وإنما الصداق ثمن من الأثمان، وكذلك لو تركت كل ما أصدقها في يد الحمو لم يضرها ذلك.

قال ابن رشد: هذه المسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا اختلاف لأن حقها تركته في يد حموها فلا يضرها ذلك طال الزمان أو قصر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم} وليس هذا من وجه الحيّزة التي ينتفع بها الحائز، ويفرق بين القرابة والأجنبيين والأصهار فيها؛ إذ قد عرف وجه كون الأحقال بيد الحمو فهي على ذلك محمولة حتى يعرف مصيرها إليه بوجه صحيح؛ لأن الحائز لا ينتفع بحيّزته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها وهذا أصل في الحكم بالحيّزة. وبالله التوفيق.

ص: باب إن أتلّف مكلّف الخ ش: هذا باب يذكر فيه المصنف أحكام الدماء وأحكام القصاص قال البساطي: وهو باب متسع/ متروك ينبغي الالتفات إليه، ولا شك أن حفظ النفوس مجمع عليه بل هو

231

الحديث

1548 - في المطبوع مت 115. يحيى 451. مك 77. ولو ما بين المعقوفين من ن ز ص 229.

1549 - في المطبوع بغير وما بين المعقوفين من ن عود ص 229 ويحيى ص 107 ويم ص 94 و م ص 77 وما يابى 170.

1550 * - في المطبوع وسقوطه أو التسور وما بين المعقوفين من م 77 ويحيى 452 وسيد 32.

1551 - في المطبوع تشهدي وما بين المعقوفين من م 77 ويم 115 ويحيى 452 وما يابى 170 وسيد 33.

1552 * - في م 77 ويحيى 452 ويم 115 وما يابى 170 وسيد 33 ولا تشهدين عليه ص 230.

1553 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 230 ويحيى ص 107 و م ص 77 وما يابى 170.

من الخمس المجمع عليها في كل ملة. قال ابن عرفة: ونقل الأصوليون إجماع الملل على حفظ الأديان والنفوس والعقول والأعراض والأموال، وذكر بعضهم الأنساب عوض الأموال، ونقله في التوضيح، ولا شك أن قتل المسلم عمدا عدوانا كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منها وفي قبول توبته وإنفاذ الوعيد فيه خلاف بين الصحابة ومن بعدهم، وأخذ لمالك القولان فأخذ من قوله لا تجوز إمامته عدم القبول، وأخذ من قوله ليكثر من العمل الصالح والصدقة والجهاد والحج القبول، واختلف في تخليده، والصحيح عدم تخليده، ورد ابن عرفة الأخذ الأول بأن التوبة أمر باطني وموجب نصب الإمامة أمر ظاهري فلا يلزم من منع الإمامة عدم قبول التوبة، ونص كلامه: قال ابن رشد: قتل المسلم عمدا عدوانا كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منه، وفي قبول التوبة منه وإنفاذ وعيده مذهب الصحابة وإلى إنفاذ وعيده ذهب مالك لقوله لا تجوز إمامته.

قلت: لا يلزم منه عدم قبول توبته لعدم رفع سابق حرمة وقبول التوبة أمر باطني وموجب نصب الإمامة أمر ظاهر، وقال في سماع عيسى قول مالك ليكثر العمل الصالح والصدقة والحج والجهاد ويلزم الثغور من تعذر منه القود دليل على الرجاء عنده في قبول توبته خلاف قوله لا تجوز إمامته. قال: والقول بتخليده خلاف السنة ومن توبته عرض نفسه على ولي المقتول قودا ودية. اهـ. وقال في الذخيرة عن ابن رشد أيضا في التعليل لعدم قبول توبته: لأن من شروط التوبة رد التبعات ورد الحياة على المقتول متعذر إلا أن يحلله المقتول قبل موته بطيب نفسه، وقال فيها أيضا: و[كان] ابن شهاب إذا سئل عن توبته سأل هل قتل أم لا، ويطاوله في ذلك فإن تبين له أنه لم يقتل قال لا توبة [له]،¹⁵⁵⁵ وإلا قال له التوبة وهو حسن في الفتوى. انتهى. وانظر الكلام على حديث¹⁵⁵⁶ أسامة والمقداد¹ في أوائل كتاب الإيمان من شرح مسلم للأبي وعياض والقرطبي.

فرع: قال في الذخيرة: فإن قتل القاتل قصاصا قيل ذلك كفارة له لقوله عليه الصلاة والسلام: {الحدود كفارات لأهلها} وقيل ليس [بكفارة]¹⁵⁵⁷ لأن المقتول لا منفعة له في القصاص بل منفعة للأحياء زجرا أو تشفيا والمراد بالحديث حقوق الله تعالى المحضة.

فائدتان: الأولى: قوله تعالى: ﴿من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس﴾ الآية فيها سؤال وهو [ما]¹⁵⁵⁸ وجه تشبيهه قتل النفس الواحدة بقتل جميع الناس وإحيائها بإحياء

1 - عن عبيد الله بن عدي بن الخيار عن المقداد بن الأسود أنه أخبره أنه قال يا رسول الله أرأيت إن لقيت رجلا من الكفار فقاتلني فضرب إحدى يدي بالسيف فقطعها ثم لاذ مني بشجرة فقال أسلمت لله أفأقتله يا رسول الله بعد أن قالها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتله قال فقلت يا رسول الله إنه قد قطع يدي ثم قال ذلك بعد أن قطعها أفأقتله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتله فإن قتلته فإنه بمنزلك قبل أن تقتله وإنك بمنزلته قبل أن يقول كلمته التي قال. مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 95.

- حدثنا أبو ظبيان قال سمعت أسامة بن زيد بن حارثة يحدث قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الحرقة من جبهة فصبنا القوم فجزمناهم ولحقت أنا ورجل من الأنصار رجلا منهم فلما غشيته قال لا إله إلا الله فكف عنه الأنصاري وطمعته برمحي حتى قتلته. قال فلما قدمنا بلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لي يا أسامة أقتلته بعد ما قال لا إله إلا الله قال قلت يا رسول الله إنما كان متعوذا قال فقال أقتلته بعد ما قال لا إله إلا الله قال فما زال يكررها علي حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل ذلك اليوم، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 96.

¹⁵⁵⁴ - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 231 ويحيى ص 108 ويم ص 94 و م ص 78 ومايابی 171.

¹⁵⁵⁵ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 231 ويحيى ص 108 ويم ص 94 و م ص 78 ومايابی 171.

¹⁵⁵⁶ - كذا في يم 115 وسيد 34.

¹⁵⁵⁷ - في المطبوع بكفارات وما بين المعقوفين من منح الجليل، ج 9 ص 4.

¹⁵⁵⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 231 ويحيى ص 108 ويم ص 115 و م ص 78 ومايابی 171.

جميع الناس والتشبيه في لسان العرب إنما يكون بين المتقاربين جداً، وقتل جميع الناس بعيد من قتل النفس الواحدة بعداً شديداً، وكذلك إحيائها. قال القرافي في الجواب: قال بعض العلماء إن المراد بالنفس إمام مقسط أو حاكم عدل أو ولي ترتجي بركته/ العامة، فلعوم منفعته كأنه قتل من كان ينتفع به، وهم المراد بالناس، وإلا فالتشبيه مشكل، وقال مجاهد لما كان قتل جميع الناس لا يزيد في العقوبة على عقوبة قاتل النفس الواحدة شبهه به. قال: وهو مشكل؛ لأن قاعدة الشرع تفاوتت العقوبات بتفاوت الجنايات [وإذا¹⁵⁵⁹] تواعد الله قاتل الواحد بعذاب عظيم وعيده، اعتقدنا مضاعفته في حق الاثنين، فكيف بجميع الناس؟ انتهى بالمعنى.

الثانية: قوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ قيل الخطاب للورثة لأنهم إذا اقتصوا فقد سلموا وحيوا بدفع شر هذا القاتل عنهم الذي صار عدوهم، وقال بعضهم الخطاب للقاتلين؛ لأنه إذا اقتص منهم فقد محي إثمهم فحيي حياة معنوية، وعلى القولين فلا إضرار، وقيل الخطاب للناس والتقدير ولكم في مشروعية القصاص حياة؛ لأن الشخص إذا علم أنه يقتص منه يكف عن القتل، ويحتمل أن لا يكون في الآية تقدير أيضاً، ويكون القصاص نفسه فيه الحياة، أما لغير الجاني فلانكفاه، وأما للجاني فسلامته من الإثم. قاله في التوضيح وابن عبد السلام. والقصاص تارة يتعلق بالنفس، وتارة يتعلق بالأطراف، وبدأ المصنف بالكلام على القصاص في النفس، وله ثلاثة أركان القاتل والمقتول والقتل، فبدأ المصنف بالكلام على القاتل فقال: "إن أتلّف مكلف الخ" وإنما قال أتلّف، ولم يقل قتل؛ لأن الإتلاف يشمل المباشرة والتسبب، والقتل إنما يتبادر للمباشرة، وذكر أنه يشترط في وجوب القصاص على القاتل ثلاثة شروط: الأول أن يكون مكلفاً، وهو العاقل البالغ، فلا قصاص على صبي ولا مجنون، وعمدهما كالخطأ لقوله صلى الله عليه وسلم: {رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن الغلام حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق¹} رواه أبو داود وغيره بروايات متعددة ذكرتها في حاشية الأحاديث المشتهرة.

تغيبه: المرفوع في الحديث إنما هو الإثم، وهو من باب خطاب التكليف، وأما الضمان فهو من باب خطاب الوضع وخطاب التكليف [هو¹⁵⁶⁰] الأحكام الخمسة [الوجوب¹⁵⁶¹] وشروط فيه علم المكلف وقدرته، وخطاب الوضع هو الخطاب بكثير [من¹⁵⁶²] الأسباب والشروط والموانع، ولا يشترط [فيه¹⁵⁶³] علم

1 - رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم، سنن أبي داود، داود بن سليمان، دار إحياء السنة، رقم الحديث 4401.

1559 - في المطبوع ولذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 232 ويحيى ص 108 ويم ص 94 و م ص 78 وما يابى 171.

1560 - في المطبوع هي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 232 ويحيى ص 109 و م ص 78 وما يابى 172 التكليف والأحكام.

1561 - كذا في النسخ التي بأيدينا.

1562 - ساقطة من المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 232 ويحيى ص 109 ويم ص 94 و م ص 78 وما يابى 172.

1563 - في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 232 ويحيى ص 109 ويم ص 94 و م ص 78 وما يابى 172.

متن الخطاب المكلف ولا قدرته ولا كونه من كسبه، فيضمن النائم ما أتلفه في حال نومه من الأموال في ماله، وكذلك ما أتلفه من الدماء، غير أنه إن كان دون ثلث الدية فعليته [1564]، وإن بلغ ثلث الدية فأكثر فهو على عاقلته، وليس هذا بمعارض للحديث المذكور¹؛ لما قدمناه من كونه من باب خطاب الوضع الذي معناه أن الله تبارك وتعالى قال إذا وقع هذا في الوجود فاعلموا أنني حكمت بكذا. والله أعلم.

فرع: فإن قتل المجنون في حال إفاقته اقتص منه. قاله في المدونة وغيرها. قال في التوضيح: ويقتص منه في حال إفاقته. ابن المواز: فإن أيس من إفاقته كانت الدية عليه في ماله، وقال المغيرة يسلم إلى أولياء المقتول يقتلون إن شاؤا قال: ولو ارتد ثم جن لم أقتله حتى يصح لأنني أدرأ الحدود بالشبهات ولا أقول هذا في حقوق الناس، [ورأى¹⁵⁶⁵] اللخمي أن يكون الخيار لأولياء المقتول، فإن شاؤا قتلوا هذا المجنون وإن شاؤا أخذوا الدية إن كان له مال وإلا اتبعوه بها. انتهى. وقال في الشامل: فإن أيس من إفاقته فهل يسلم للقتل أو تؤخذ الدية من ماله؟ قولان، وقال اللخمي يخير الولي في أيهما شاء. انتهى. فساووا بين القولين مع أن الثاني لابن المواز.

فرع: فلو أشكل على البينة أقتل في حال عقله أو جنونه. قال ابن ناجي في شرح الرسالة: فقال بعض من لقيناه من القرويين لا يلزمه شيء، وهو الصواب، وقاله شيخنا أبو مهدي معللاً بأنه شك في المقضي عليه؛ لأن القاضي لا يحكم عليه إلا بعد أن تشهد عنده البينة أنه قتل في حال كونه في عقله. انتهى. ودخل في كلامه السكران، وهو كذلك، والرقيق، ولهذا بالغ به فقال: "وإن رق" ثم أشار إلى الشرط الثاني بقوله: "غير حربي" يعني أن الحربي لا يقتص منه إذا قتل في حال حرابته، ثم أشار إلى الشرط الثالث/ بقوله: "ولا زائد حرية أو إسلام" يعني فلا يقتل الحر بالعبد إلا أن يكون الحر كافراً والعبد مسلماً، فيقتل الحر الكافر بالعبد المسلم على المشهور، خلافاً لسحنون، وهو أحد قولي ابن القاسم، وقوله: "أو إسلام" أي فلا يقتل المسلم بالكافر، ولو كان المسلم عبداً والكافر حراً. قال في البيان: اتفاقاً، وقوله: "حين القتل" يعني [أن المعتبر التكافؤ¹⁵⁶⁶] حين القتل، فلو أسلم الكافر بعد أن قتل كافراً قتل به، وكذلك لو عتق العبد بعد قتله عبداً فإنه يقتل به.

فرع: قال في المجموعة في نصراني قتل نصرانيا عمداً، ولا ولي له إلا المسلمون، ثم أسلم، قال العفو عنه أحب إلي، إذا صار الأمر للإمام؛ لأن حرمة الآن أعظم من المقتول، ولو كان للمقتول ولد كان القود لهم وقوله: "إلا لغيلة" قال في التوضيح في باب الحراية: الغيلة أن يخدع غيره ليدخله موضعاً ويأخذ ماله. انتهى. وقال ابن عرفة: الباجي عن ابن القاسم: قتل الغيلة حراية، وهو قتل الرجل خفية لأخذ ماله. انتهى. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: قال أهل اللغة قتل الغيلة هو أن يخدعه فيذهب به إلى موضع خفية فإذا صار فيه قتله، فهذا يقتل به ولا عفو فيه. قال: ونقل عن أصحابنا، وأظنه البوني أنه اشترط في ذلك أن يكون القتل على مال. قال: وأما النائرة بينهما - وهي العداوة - فيجوز العفو عنه. قال ابن ناجي: ما ظنه عن البوني مثله نقل الباجي عن

233

1564 - في المطبوع ورم ص 95 الدية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 232 و م ص 78 وما يابى 172 الدية وإن بلغ.
 1565 - في المطبوع ورد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 232 وما يابى 172 ويحيى ص 109 و م ص 78.
 1566 - في المطبوع أن المعتبر في التكافؤ وما بين المعقوفين من م 78.

وَأَدَبَ كَمُرْتَدٌ وَزَانَ أَحْصَنَ وَيَدِ سَارِقٍ.

متن الخطاب العتبية والموازية، وذكر لفظه المتقدم. قال ابن ناجي: قال الباجي: ومن أصحابنا من يقول هو القتل

على وجه القصد الذي لا يجوز عليه الخطأ، وقبله ابن زرقون. انتهى. وقال عياض: يعني اغتاله لأخذ ماله، ولو كان لنائرة ففيه القصاص، والعفو فيه جائز. قاله ابن أبي زمنين، وهو صحيح جار على الأصول؛ لأن هذا غير محارب وإنما يكون له حكم المحارب إذا أخذ المال، أو فعل ذلك لأجس المال. اهـ. ونقله أبو الحسن الصغير، وكذلك قال ابن رشد في رسم مرض وله أم ولد من سمع ابن القاسم من كتاب المحاربين أن قتل الغيلة هو القتل على مال. انتهى.

فرع: والغيلة في الأطراف كالغيلة في النفس. قال في أثناء كتاب الديات من المدونة: ومن قطع يد رجل أو فقأ عينه على وجه الغيلة فلا قصاص له، والحكم للإمام، إلا أن يتوب قبل أن يقدر عليه، فيكون فيه القصاص. انتهى.

فرع: والمرأة كالرجل في الغيلة. قال أبو الحسن هنا فرع اختلف إذا قام بقتل الغيلة شاهد واحد هل فيه قسامة أم لا؟ انظر أبا الحسن.

فرع: قال في المدونة: ومن قتل وليه غيلة فصالح فيه على الدية فذلك مردود، والحكم فيه للإمام. قال أبو الحسن: إلا أن يحكم به حاكم، ثم أشار إلى الركن الثاني بقوله: "معصوما" يعني أنه يشترط في وجوب القصاص أن يكون المقتول معصوما، وظاهره وسواء أنفذت مقاتله أم لا، وانظر المسألة في سماع يحيى وعيسى [وأبي زيد¹⁵⁶⁷] من الديات فإن ابن رشد ذكر فيمن أجهز على من أنفذ مقاتله شخص آخر هل يقتل به الأول أو الثاني؟ قولين، وقال في الشامل: ولو أنفذ واحد مقاتله وأجهز عليه ثان قتل وعوقب الأول، وقيل بالعكس.

ص: وأدب كمرتد وزان أحصن ش: وكذا المحارب والزنديق. قال ابن عرفة: قال محمد لا شيء على من قتل زنديقا. اللخمي: وكذا الزاني المحصن والمحارب، ولا دية لهم إن قتلوا خطأ، وفي الموازية: من قطع يد سارق خطأ فلا دية له، وقال في موضع آخر له ديتها. فعليه تجب الدية في هذين إن قتلا خطأ، وإن قطع لهما عضو فلهما القصاص في العمد والدية في الخطأ؛ لأن الحد إنما وجب في النفس لا في العضو. [الشيخ: ¹⁵⁶⁸] قال عيسى: من اغتاز من ذمي يشتم النبي صلى الله عليه وسلم فقتله، فإن كان شتما يوجب قتله وثبت ذلك ببينة فلا شيء عليه وإن لم يثبت ذلك فعليه ديته وضرب مائة وسجن عاما. انتهى. وقال في التوضيح: ونص على نفي القصاص عن قاتل المرتد ولو كان القاتل نصرانيا. اهـ. ولا معارضة بين هذا وبين قوله في الديات إن دية المرتد كدية المجوسي لأنه إنما نفي هنا القصاص، والكلام هناك في/ الديات، ونفي أحدهما لا يستلزم نفي الآخر، وأما الزاني المحصن فليس فيه دية، والفرق بينهما أن المرتد تجب استتابته على المذهب، فكأن قاتله قاتل كافرا محرم القتل، بخلاف الزاني المحصن فتأمله.

234

¹⁵⁶⁷ • في المطبوع وابن أبي زيد وما بين المعقوفين من يم 116 ويحيى 453 وم 79 وما يابى 173.

¹⁵⁶⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 233 ويحيى ص 109 ويم ص 95 وم ص 79

وما يابى 173.

تنبيهه: قال ابن عبد السلام: ينبغي [أن يَحْتَلَفَ مِقْدَارُ أَدَبِهِمْ¹⁵⁶⁹]؛ فمن طلب الستر عليه كالزاني المحصن تكون الجرأة على القاضي بقتله أكثر وكفر الزندقة أشد من كفر الارتداد الظاهر انتهى. يعني فيكون الأدب في كفر الارتداد أشد. والله أعلم.

تنبيهه: قال أبو الحسن في كتاب الديات: قالوا وهذا إذا كان هناك من ينصفه ويمكنه من حقه. قال أبو عمران: الذي يقتل وليه رجل فلا يمكن من أخذ حقه عند السلطان، فيقتل الولي قاتل وليه غيلة أو باحتيال أنه لا أدب عليه، ولا شيء؛ لأنه إذا لم يكن السلطان ينصفه فهو يأخذ حقه بنفسه. انتهى.

فائدة: من هذا المعنى ما قاله البرزلي في كتاب الأقضية في أثناء مسألة وهي تجري عندي على قاعدة من فعل فعلا لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره، هل يكون بمنزلة ما لو رفع أم لا؟ انتهى.

ص: فالقود عينا ش: يعني إذا وقعت الجناية بالشروط المذكورة على النفس أو المال فالواجب في ذلك عند ابن القاسم إنما هو القود، أي القصاص، وليس لورثة المقتول أن يعفوا على الدية، وكذلك ليس للمجني عليه في الجراح أن يعفو على الدية، وهو مذهب ابن القاسم خلافا لأشهب [وهو المشهور]¹⁵⁷⁰ فإنه قال: الواجب التخيير بين القصاص وبين الدية، وهو اختيار جماعة من المتأخرين لما في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: {من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن [يودي¹⁵⁷¹] وإما أن يقاد¹} وعلى قول أشهب بتخيير الأولياء بين القصاص وبين الدية، فإن طلب الأولياء منه الدية فإنه يجبر على ذلك، إن كان مليا. قال ابن يونس: قال مالك: وقاتل العمد يطلب منه الأولياء الدية فيأبى إلا أن يقتلوه فليس لهم إلا القتل.

قال الله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ وقال أشهب ليس له أن يأبى، ويجبر على ذلك إن كان مليا لأنه في قتل نفسه ليرك ماله لغيره مضار، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل للأولياء إن أحبوا أن يقتلوا فليقتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية²، وقاله ابن المسيب. انتهى. قال في التوضيح: قال جماعة: والخلاف إنما هو في النفس وأما جراح العمد فيوافق أشهب المشهور، ونقل عن ابن عبد الحكم التخيير في جراح العمد كالنفس وفرق الباجي بين الجرح والنفس على رواية أشهب؛ بأن الجراح يريد [استبقاء¹⁵⁷²] المال لنفسه، والقاتل إنما يترك المال لغيره فهو مضار بامتناعه من

- 1 - عن أبي هريرة أن خزاعة قتلوا رجلا وقال عبد الله بن رجاء، حدثنا حرب عن يحيى حدثنا أبو سلمة حدثنا أبو هريرة أنه عام فتح مكة قتلت خزاعة رجلا من بني ليث بقتل لهم في الجاهلية فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليهم رسوله والمؤمنين ألا وإنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي ألا وإنما أحلت لي ساعة من نهار ألا وإنها ساعتى هذه حرام لا يخطئ شوكها ولا يعضد شجرها ولا يلتقط ساقطتها إلا منشد ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما يودي وإما يقاد، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الديات، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 6880. ج4، ص312. ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1355.
- 2 - من قتل عمدا دفع إلى أولياء القتيل فإن شاعوا قتلوا وإن شاعوا أخذوا الدية، ابن ماجه، رقم الحديث 2626 ج2 ص877.

1569 - في المطبوع والنسخ التي بأيدينا أن يختلف في مقدار أدبهم وما بين المعقوفين من منح الجليل لمحمد عlish، ج9، ص9.

1570 - ساقطة من المطبوع ويم ص95 ويحيى ص454 وم ص79 وما بين المعقوفين من ن عود ص234 وميايى 174.

1571 - في المطبوع يودي الدية وما بين المعقوفين من ن عود ص234 ويحيى ص110 ويم ص95 وم ص79 وميايى 174.

1572 - في المطبوع استبقاء وما بين المعقوفين من ن عود ص234 ويحيى ص110 ويم ص95 وم ص79 وميايى 174.

الدية انتهى. وقد يكون بعض الناس وارثه أعز عنده من نفسه. والله أعلم. انتهى.
تنبيه: يستثنى من هذا ما إذا جرح العبد عبدا مثله، أو قتله، فإن لسيد المجروح أو المقتول أن يقتص له وله أن يختار أخذ العبد الجاني، فإن اختار القصاص فلا إشكال، وإن استحيا العبد الجاني خير سيده في فدائه بدية الحر، أو بقيمة العبد وفي إسلامه وفي الجراح يخير بين أن يسلمه أو يفديه بأرث ذلك الجرح إن كان له أرث مسمى، وإن لم يكن له أرث مسمى فإن حصل عنه عيب خير بين إسلامه وفدائه بما يوجبه ذلك العيب، وإن لم يحصل عيب فليس فيه إلا القصاص، إن كان المجني عليه عبدا، وإن كان حرا فلا شيء فيه إلا الأدب، كما سيأتي عند قول المصنف: "إلا ناقصا جرح كاملا"

تنبيه: فإذا جرح عبد عبدا [عمدا¹⁵⁷³] وبريء قبل أن يعلم سيده، فإنه يدعى الجرح، فيقال صف الجرح، وأحلف على ما ذكرت، فإن امتنع فانظر هل يقال للسيد صف الجرح وأحلف عليه، سواء أراد القصاص أو أراد أخذ الأرث، أو يفصل في ذلك، فإن أراد القصاص قيل للعبد صف الجرح واقتص، وإن أراد الأرث قيل للسيد صف الجرح وأحلف عليه؟ لم أر فيه نصا، والظاهر أنه يجري [على¹⁵⁷⁴] الخلاف فيما إذا قام للعبد شاهد واحد بالجرح، فهل يحلف السيد معه مطلقا سواء أراد القصاص أو الأرث، قال في/ المقدمات في كتاب جنایات العبد: وهذا قول مالك. أو يفصل في ذلك، وهو قول أصبغ والمغيرة؟ انتهى.

وسئلت عن ذلك في عبيدين ضرب أحدهما صاحبه بعضا على حاجب عينه فشجه وأسال دمه بجرح العصا، فضربه الآخر بجنبية تحت ثديه، فهل لكل واحد منهما القصاص من جرحه أم لا يجب في ذلك إلا الأرث أم يجب الأرث في جرح العصا والقصاص في جرح الآخر؟ وإذا اندمل الجرحان قبل القصاص ولم يجد كل واحد من سيد العبيدين بينة تشهد بمقدار عرض جرح عبده، فما يكون الحكم في ذلك وهل يجب بالدعوى في الجراحة أن يعين عرضها وقدرها أم لا؟ فأجبت: لسيد كل واحد من العبيدين أن يقتص من جرح عبده، وله أن يأخذ العبد الجرح لعبده إلا أن يفديه سيده بأرث ذلك الجرح إن كان له أرث مسمى، فإن لم يكن له أرث مسمى، فإن برىء الجرح على شين فما نقصه ذلك الشين، وإن لم يكن فيه شين فليس فيه إلا القصاص، وسواء كان الجرح بعضا أو بغيرها، وقول أصحابنا لا قصاص في ضربة العصا إنما يريدون إذا لم يكن عنها جرح، وإذا اندمل الجرحان قبل القصاص ولم يوجد من يشهد [عليهما¹⁵⁷⁵] فإنه يقال للجرح صف قدر الجرح الذي جرحته وغوره وأحلف عليه، ولا يلزمك غيره، فإن أبى لم أر فيه نصا، والظاهر أنه ينظر فإن أراد سيد العبد المجروح الأرث قيل له صف الجرح وأحلف عليه، ولا يلزمك غيره، وإن أراد القصاص فيختلف فيه هل يحلف

1573 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 ويحيى ص110 و م ص79 ومايأبى174.

1574 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 ويحيى ص110 و م ص79 ومايأبى174.

1575 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص235 ويحيى ص110 ويم ص96 و م ص79 ومايأبى175.

نص خليل

وَلَوْ قَالَ إِنْ قَتَلْتَنِي أَبْرَأْتُكَ وَلَا دِيَّةَ لِعَافٍ مُطْلَقٍ إِلَّا أَنْ تَظْهَرَ إِرَادَتُهَا فَيَحْلِفُ وَيَبْقَى عَلَى حَقِّهِ إِنْ امْتَنَعَ كَعَفْوِهِ عَنِ الْعَبْدِ وَاسْتَحَقَّ وَلِيٌّ دَمَ مَنْ قَتَلَ الْقَاتِلَ أَوْ قَطَعَ يَدَ الْقَاطِعِ كَدِيَّةٍ خَطِيئَةً فَإِنْ أَرْضَاهُ وَلِيُّ الثَّانِي فَلَهُ وَإِنْ فُقِئَتْ عَيْنُ الْقَاتِلِ أَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَلَوْ مِنَ الْوَلِيِّ بَعْدَ أَنْ أَسْلَمَ لَهُ فَلَهُ الْقَوْدُ.

متن الحطاب

هو أو يحلف العبد، على الخلاف فيما إذا قام للعبد شاهد واحد بالجرح، فإن امتنعا من الحلف لم يجب من الجراح إلا ما لا يشك فيه. والله أعلم.

فرع: فإن شهدت البينة على الجرح ولم تعرف قدره أو اسمه أو كتبتة في ورقة وضاعت فقال في النوادر في ترجمة من يستقيد للمجروح وكيف يقاد من الجراح: ومن المجموعة قال أشهب: وإذا جرحه موضحة وعليه بينة لا [تدري] ¹⁵⁷⁶ كم طولها فقد ثبت له موضحة، وليس في العمد إلا القود فليوقف الشهود على أقل موضحة، فإن وقفوا عنده لم يجاوزوه [حلف] ¹⁵⁷⁷ المشهود عليه على ما فوق ذلك وقيد منه بذلك، وإن لم يحلف حلف الآخر واستقاد ما ادعى قال سحنون فيمن جرح رجلا عمدا ولم يؤخذ قياس الجرح حتى برىء: فليدع الجراح [فيصف] ¹⁵⁷⁸ قدر ضربته وأين بلغت ويحلف على ذلك ويقتص منه على ما أقر به وإن لم يصف وأبى قيل للمجروح صف ذلك واحلف فيحلف ويقتص له منه، وإن أبى نظر إلى ما لا يشك فاقص بقدر ذلك، وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم في المجروح عمدا يكتب قياس جرحه حتى يبرأ، فيذهب الكتاب ولا تثبت البينة طوله وغوره، وقد أصابه من ذلك عيب أو شلل فليستنزل البينة من معرفة الجرح إلى ما لا يشكون فيه، فإن ثبتوا على أمر اقتص منه على قدر ذلك، فإن عابه أو أشله كالأول وإلا عقل له العيب والشلل، قيل أتقبل شهادة الذي عقل جرحه وعرف طول غوره وإن لم [يعرفه غيره؟] ¹⁵⁷⁹ قال: نعم مع يمينه. انتهى. وانظر كتاب الشهادات ففيه بعض شيء يتعلق بهذا.

ص: ولو قال إن قتلتنني أبرأتك ش: قال ابن الحاجب: ولو قال للقاتل إن قتلتنني أبرأتك أو قد وهبت/ لك دمي فقولان. قال ابن القاسم: وأحسنهما أن يقتل بخلاف عفو بعد علمه أنه قتله، فلو أذن في قطع يده عوقب ولا قصاص. قال في التوضيح: هذا الذي نسبته المؤلف لابن القاسم، وذكر في الجواهر أن أبا زيد رواه عن ابن القاسم، هو في العتبية لسحنون، وذكر لفظ العتبية. ثم قال: وزاد في البيان ثالثا فنفي القصاص لشبهة عفو القصاص من المقتول، وتكون الدية عليه في ماله، قال وهو أظهر الأقوال. انتهى.

وقال ابن عرفة بعد ذكره لفظ العتبية: وفي النوادر [عن أبي زيد] ¹⁵⁸⁰ عن ابن القاسم مثل لفظ سحنون، ثم ذكر عن الصقلي أنه نقل عن سحنون نفي القصاص، خلاف اختياره في العتبية، ونصه: قال الصقلي في كتاب الجعل والإجارة: وروى ابن سحنون عنه من قال لرجل اقتلني ولك ألف درهم فقتله فلا قود عليه، ويضرب مائة ويحبس عاما ولا جعل له، وقال يحيى بن عمر: للأولياء قتله.

الحديث

1576 - في المطبوع بدري والمثبت من يحيى 454 وم 80 ويم 117 ومياي 175.

1577 - في المطبوع وحلف وما بين المعقوفين من يحيى 454 ومياي 175 ويم 117 وم 80.

1578 - في المطبوع فيوصف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 235 ويحيى ص 110 ومياي 175.

1579 - في المطبوع ويحيى ص 111 يعرف غوره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 235 ويم ص 96 ومياي 175.

1580 - في المطبوع عن ابن أبي زيد وما بين المعقوفين من يم 117 ويحيى 455 وسيد 33 ومياي 175.

وَقَتْلَ الْأَدْنَى بِالْأَعْلَى كَحَرْ كِتَابِي بَعْدَ مُسْلِمٍ.

نص خليل

متن الخطاب

قال: ولو قال اقتل عبدي ولك كذا، أو بغير شيء، فقتله ضرب مائة وحبس [عاما،¹⁵⁸¹] وكذا السيد يضرب ويحبس، واختلف هل تكون [له¹⁵⁸²] على القاتل قيمة العبد أم لا؟ فالصواب لا قيمة له، كما لو قال له احرق ثوبي ففعل، فلا غرم. الشيخ: روى ابن عبدوس من قال لرجل اقطع يدي أو يد عبدي عوقب المأمور، ولا غرم عليه في الحر والعبد. ابن حبيب عن أصبغ: يغرم قيمة العبد لحرمة القتل، كما تلزمه دية الحر إذا قتله بإذن وليه. انتهى.

وفي سماع سحنون من كتاب الجنايات قيل لسحنون أصبغ يقول: يغرم قاتل العمد بأمر سيده قيمته؛ فقال ليس هذا بشيء لا قيمة على القاتل؛ لأن صاحبه عرضه للتلف والعبد مال من الأموال وليس على من أتلفها بإذن ربها شيء، ويضرب القاتل مائة ويسجن، ويؤدب الأمر أدبا موجعا. ابن رشد: لأصبغ في الواضحة مثل قوله هنا إلا أنه قال إنما أغرمته لحرمة على قوله وقال يضرب السيد والقاتل مائة سوط ويسجنان عاما، وقول أصبغ في الواضحة إنما أغرمه القيمة لحرمة ليس بجيد لأن إغرامه القيمة لحرمة ليس على قوله، إنما هو من باب العقوبة بالأموال، وإذا عوقب القاتل بغرم ما لا يجب عليه غرمه فالسيد أحق أن لا يعطى القيمة [لجرمه¹⁵⁸³] بالأمر بقتل عبده، ولو قال أصبغ إنما أغرمه القيمة لإسقاط سيد العبد إياها عنه قبل وجوبها له عليه؛ إذ لا تجب عليه إلا بعد قتل العبد لكان له وجه؛ لأن لزوم إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه. انتهى.

ص: وقتل الأدنى بالأعلى كحر كتابي بعبد مسلم ش: لما تقرر أن الإسلام [أعلى¹⁵⁸⁴] حرمة وأعظم من الحرية كان من انفرد به من القاتل والمقتول هو [الأعلى¹⁵⁸⁵]، ولما قدم المؤلف رحمه الله أن كون القاتل زائدا على المقتول بالحرية أو الإسلام [مانع¹⁵⁸⁶] نبه على أن كون القاتل أدنى من المقتول لا يمنع القصاص، والمعنى أن الأدنى إذا قتل [الأعلى¹⁵⁸⁷] فإنه يقتل به، ثم مثل ذلك بفرع يتردد فيه النظر، وهو إذا قتل الحر الكتابي عبدا مسلما فاختلف هل يقتل الحر الكتابي بالعبد المسلم، وهو قول ابن القاسم، أو لا يقتل به وعليه قيمته لأنه كسلعة، وهو قول سحنون؟ قال ابن رشد في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات في شرح قوله في نصراني حر قتل عبدا مسلما عمدا قال: أرى أن يقتل به.

وقال سحنون عليه قيمته وهو كسلعة من السلع. ابن رشد: قوله: "وأرى أن يقتل به" معناه إن أراد سيد العبد أن يستفيد من الكتابي، وأما إن أراد أن يضمه قيمة عبده ولا يقتله به فلا اختلاف في أن له ذلك، وإنما الاختلاف إذا أراد أن يقتله به فليل له ذلك، وهو الأظهر من جهة اتباع ما في القرآن، وقيل إن ذلك له، وهو أظهر من جهة المعنى ثم استظهر القول الثاني، ونقله ابن عرفة وقبلة،

الحديث

1581 - ساقط من المطبوع وما يابى 175 وم ص 80 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 236 ويحيى ص 111.

1582 - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 111 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 236 م ص 80 وما يابى 175.

1583 - في المطبوع لحرمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 236 ويحيى ص 111 وم ص 80 وما يابى 176.

1584 - في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1585 - في المطبوع الأعلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1586 - في المطبوع مانعا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1587 - في المطبوع الأعلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل وَالْكَفَّارُ بَعْضُهُمْ بَبَعْضٍ مِنْ كِتَابِيٍّ وَمَجُوسِيٍّ وَمُؤْمِنٍ كَذَوِي الرِّقِّ وَذَكَرٍ وَصَحِيحٍ وَضِدُّهُمَا.

متن الخطاب وهو خلاف ما قاله في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ويقتل الحر الذمي بالعبد المسلم، والقيمة هنا كالدية، ونصه: أشار بقوله: والقيمة هنا كالدية، إلى أن سيد العبد لو أراد أن يلزم الذمي قيمة العبد لجري على الخلاف بين ابن القاسم/ وأشهب في الدية، فعلى قول ابن القاسم ليس للسيد إلا قتل الذمي أو يعفو، وليس له أن يلزمه قيمة العبد، وعلى قول أشهب يكون للسيد هنا أن يلزم الحر القيمة. انتهى. وأصله لابن عبد السلام، والظاهر ما قاله ابن رشد؛ لأنه قد صرح في المدونة بأنه إذا جرح عبد عبداً أو قتله أن سيد المجروح أو المقتول مخير بين أن يستقيد أو يأخذ الأرض، كما سيأتي. والله أعلم. ولو قال المؤلف الذمي بدل الكتابي كما قال ابن الحاجب كان أحسن، وفهم من كلام المؤلف حيث جعل الحر الكتابي أدنى من العبد المسلم أن العبد المسلم لا يقتل إذا قتل الحر الكتابي وهو كذلك.

قال في التوضيح: وحكى صاحب البيان الاتفاق على ذلك. انتهى. قال ابن الحاجب: وسيد العبد مخير في افتكاكه بالدية أو إسلامه، فبيع لأوليائه. قال في التوضيح: وحكى صاحب البيان أنه يباع بدية الحر الذمي، ويباع لأوليائه الذمي لعدم جواز ملك الكافر للمسلم، وظاهر كلامه أنه إذا بيع يدفع جميع الثمن لأوليائه الذمي، وإن كان أكثر من ديته، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وقاله مالك، وقال مطرف وابن الماجشون إن فضل فضل فلسيده، أصبغ والأول أصوب. انتهى من التوضيح. ص: والكفار بعضهم ببعض ش: ابن عرفة: روى علي قتل اليهودي بالمجوسي، ونقص الدية لغو كالرجل بالمرأة. انتهى.

ص: كذوي الرق ش: قال في كتاب جنايات العبيد والقصاص في [المماليك¹⁵⁸⁸] بينهم¹⁵⁸⁹ كهيئته في الأحرار، نفس الأمة بنفس العبد، وجرحها [بجرحه¹⁵⁹⁰]، يخير السيد المجروح إن شاء استقاد وإن شاء أخذ العقل، إلا أن يسلم إليه الجاني سيده، وإن جرح عبد عبداً عمداً فقال سيد المجروح لا أقتص ولكن أخذ العبد الجارح إلا أن يفديه سيده بالأرض، وقال سيد الجارح إما أن تقتص أو تدع، فالقول قول سيد المجروح، وكذلك في القتل. أبو الحسن عن ابن يونس: لأن نفس القاتل قد وجبت لسيد المقتول، فإن شاء قتله أو أحياه، فإن أحياه صار عمده كالخطأ، فيرجع الخيار إلى سيده بين أن يسلمه أو يفديه، والفرق بين العبد وبين الحر يقتل حراً فيعفى عنه على الدية فيأبى، أن ذلك لا يلزمه على قول ابن القاسم أن العبد سلعة تملك، فلما جاز قتله وإتلافه على سيده جاز استرقاقه وخروجه عن ملكه والحر لا يملك فلا يجوز أخذ ماله إلا بطوعه، وأيضاً فإنه يقول أؤدي قصاصي وأبقي مالي لورثتي، والعبد لا حكم له في نفسه ولا حجة لسيد؛ لأن قتله عليه وأخذته سواء، إلا أن يدفع الأرض

الحديث

1588 - في المطبوع الملاك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 237 ويحيى ص 111 ويم ص 97 و م ص 80 وما يابى 177.

1589 * - في التهذيب ج 4 ص 529 والقصاص في المماليك بينهم ص 237.

1590 - في المطبوع كجرحه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 237 ويحيى ص 111 ويم ص 97 و م ص 80 وما يابى 177.

نص خليل وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا بَيِّنَةً أَوْ قَسَامَةً.

متن الخطاب

فلا حجة [لأرباب¹⁵⁹¹] المقتول لأنهم رفعوا عنه القود، فصار فعله كالخطأ، ولا يستقيم ذلك في الحر؛ لأنه تكون الدية على عاقلته وهي لا تحمل شيئاً من [عمده¹⁵⁹²] فأمرهما مفترق. انتهى.

فرع: إذا كان السيد عبداً وقتل عبده ففي القصاص قولان نقلهما ابن سلمون، ثم قال: وفي الزاهي لابن شعبان: ومن قتل عبده لم يقتل به وإن كان عبداً. انتهى.

ص: وإن قتل عبد [حراً¹⁵⁹³] عمداً ببيينة أو قسامة ش: احترز بقوله ببيينة أو قسامة من إقرار العبد بذلك، فإن الحكم حينئذ مخالف لما ذكر، نص عليه في المدونة، ونصه: وإن أقر العبد أنه قتل حراً عمداً فلوليه القصاص، فإن عفا على أن يستحييه لم يكن له ذلك، وله معاودة القتل إن كان ممن يظن أن ذلك له. انتهى. أبو الحسن: قال أبو عمران: وأما إن كان عالماً [أنه إن¹⁵⁹⁴ عفا قتل] العبد يبطل فلا قتل له. انتهى. وقبله بيسير في المدونة. قال ابن القاسم: وما أقر العبد به مما يلزمه في جسده من قتل أو قطع أو غيره فإنه يقبل إقراره.

قال ابن زياد: إذا أقر طائعا غير مسترهب وما آل إلى غرم على سيده فلا يقبل إقراره إلا ببيينة على فعله مثل إقراره بغصب أمة أو حرة نفسها ولم تكن متعلقة به، [أو¹⁵⁹⁵] بجرح أو بقتل أو خطأ أو باختلاس مال أو استهلاكه أو سرقة لاقطع فيها، ولا يعلم ذلك إلا بقوله، فلا يصدق ولا يتبع بشيء من ذلك إذا عتق. انتهى. ونبه على ذلك ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح في قول ابن الحاجب في كتاب الأقضية: / في جواب دعوى القصاص على العبد ودعوى الأرض على السيد، ونقله ابن عرفة في أول كتاب الإقرار من مختصره، وحاصله كما قال في الرسالة: وإقرار العبد فيما يلزمه في بدنه من حد أو قطع يلزمه، وما كان في رقبته فلا إقرار له. يريد إلا المأذون، فإن إقراره في ماله جائز. انظر ابن عرفة أول الإقرار، والشيخ أبا الحسن الصغير هنا. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة: قال ابن القاسم: وإذا جنى العبد على سيده فلا شيء عليه. أبو الحسن: لأنه مملوك لسيدته بالأصالة، فلا يقال يكون له رهنا بالجناية لأنه تحصيل حاصل، وهذا يقتضي أنه إن جنى على سيده وعلى أجنبي فيخير سيده في أن يفتكه كله بدية جناية الأجنبي وبين إسلامه كله في جناية الأجنبي، ولا يقاوصه بجنايته. قاله ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب الديات وقاس عليه أشهب عبد المرأة ذات الزوج يضرب بطنها وهي حامل فألقت جنينا ميتا أن المرأة مخيرة بين أن تدفع إلى زوجها ما يصيبه من دية الجنين وتحبس العبد، وبين أن تدفع جميع العبد. قال: ولا شيء لها من العبد لأن جنايته على سيدته كجنايته على سيده وعلى أجنبي معه. انتهى.

الحديث

1591 - في المطبوع ومايأبى 177 ويحيى ص 112 و يم ص 97 وم ص 80 لورثة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 237.

1592 - في المطبوع عنده وما بين المعقوفين من ن عدود ص 237 ويحيى ص 112 ويم ص 97 و م ص 80 ومايأبى 177.

1593 - ساقط من المطبوع ومايأبى 177 ويحيى ص 112 ويم ص 118 و م ص 80 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 237.

1594 - ساقط من المطبوع ويحيى ص 112 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 237 ويم ص 97 (وعند الزايد أنه إن عفا

أن قول العبد) ومايأبى 177 ان عفا ان قتل.

1595 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 237 ويحيى ص 112 ويم ص 97 و م ص 81

ومايأبى 177.

نص خليل

خَيْرُ الْوَلِيِّ فَإِنْ اسْتَحْيَاهُ فَلَيْسَ بِهِ إِسْلَامُهُ أَوْ فِدَاؤُهُ إِنْ قَصَدَ ضَرْبًا وَإِنْ بَقَضِيْبٍ كَحَنْقٍ وَمَنْعَ طَعَامٍ وَمُثْقَلٍ وَلَا قَسَامَةَ إِنْ أَنْفَذَ مَقْتَلَهُ بِشَيْءٍ أَوْ مَاتَ مَغْمُورًا وَكَطَرَحَ غَيْرَ مُحْسِنٍ لِلْعَوْمِ عَدَاوَةً وَالْأُفْدِيَّةَ وَكَحْفَرٍ بِئْرًا وَإِنْ بَبَيْتِهِ أَوْ وُضِعَ مُزْلِقٌ أَوْ رُبِطَ دَابَّةٌ بِطَرِيقٍ أَوْ اتَّخَذَ كَلْبٌ عَقُورٍ تَقْدَمُ لِصَاحِبِهِ.

متن الخطاب

ص: خير الولي ش: يعني يخير الولي بين أن يقتل العبد أو يستحييه، فإن [اختار القتل]¹⁵⁹⁶ فله ذلك وإن استحياه خير سيده في إسلامه أو فدائه، فإن اختار سيده فداءه فإنه يفديه بدية الحر. قاله في المدونة في كتاب جنايات العبيد منها، وفي موضع آخر قال ابن عبد السلام بعد أن قرر المسألة: وهذا الكلام لا إشكال فيه على أصل أشهب في الحر يقتل الحر أن لولاة الدم أن يقتلوه أو يلزموه الدية، وأما ابن القاسم الذي يقول ليس لهم على القاتل إلا القتل، وليس لهم أن يلزموه الدية فقد يفرق له بأن المطلوب في مسألة الحر هو القاتل [نفسه،¹⁵⁹⁷] وله في التمسك بماله غرض إرادة غنى ورثته بعده، والمطلوب هنا غير القاتل وهو السيد، ولا ضرر عليه في واحد من الأمرين اللذين يختارهما ولي الدم؛ بل له إن اختار الولي الاستحياء بما ذكرناه مما هو أخف إن شاء سلم العبد وإن شاء دفع ديته. انتهى. وذكره في التوضيح.

وقال ابن عرفة: وجعل ابن عبد السلام تخيير ولي قاتل العبد في قتله واستحيائه جاريًا على أصل أشهب في جبر الحر على الدية غير جارٍ على أصل ابن القاسم فيه، وأجاب بأن جبر الحر على الدية يضر به لأن له وارثًا قد يرجح مصلحته على نفسه، والمطلوب في مسألة العبد غير القاتل وهو السيد ولا ضرر عليه في واحد من الأمرين اللذين يختارهما الولي. انتهى.

قلت: قوله المطلوب في مسألة العبد [السيد]¹⁵⁹⁸ غير صحيح ضرورة؛ إذ لا طلب عليه بحال، [وقد¹⁵⁹⁹] يفرق بأن الحر يجبر على أمر يتكلفه وهو الدية، والعبد لا يكلف بشيء، وبأن للولي حجة في العبد وهو أنفته أن يأخذ في دم وليه دم عبد وهو لا يكافئه. انتهى. أما تفرقة ابن عرفة الأولى [فهي¹⁶⁰⁰] معنى كلام ابن عبد السلام بعد حذفه منه أن المطلوب في المسألة الأولى القاتل وفي الثانية غير القاتل وهو السيد [ورده¹⁶⁰¹] على ابن عبد السلام في كلامه هذا إنما يصح إذا فهم أن المراد بقوله المطلوب المطلوب بالدم، والظاهر أن ابن عبد السلام لم يرد هذا لوضوحه؛ إذ من المعلوم أنه لو [مات¹⁶⁰²] العبد سقط القود، وإنما عني بالمطلوب المأخوذ منه المال فهو في مسألة الحر القاتل، وفي مسألة العبد السيد؛ لأنه مطلوب بإسلام العبد أو فدائه، وهو لا ضرر عليه في واحد من الأمرين لأن إسلامه لولي الدم ملكا مساو لقتله، وهو معنى ما تقدم. نقله عن ابن يونس عند قوله: "كذي الرق"

الحديث

1596 - في المطبوع فإن اختار العبد القتل وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 وما يابى 177.

1597 - في المطبوع لنفسه وما بين المعقوفين من ن ذي وم81 ويم118 ويحيى456.

1598 - ساقط من المطبوع ويم ص97 وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويحيى ص112 و م ص81 وما يابى 178.

1599 - في المطبوع ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 فقد وما بين المعقوفين من ن ز ص238 وما يابى 178.

1600 - في المطبوع ويحيى ص112 فهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويم ص97 و م ص81 وما يابى 178.

1601 - في المطبوع ورد وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 وما يابى 178.

1602 - في المطبوع فات وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 وما يابى 178.

فراجعهم. وتفرقة ابن عرفة الثانية غير ظاهرة؛ لأنها إنما تصح لو كان هذا الحكم أي تخيير الولي خاصا بما إذا كان المقتول حرا، وقد علمت أن الحكم عام، سواء كان المقتول حرا أو عبدا، كما تقدم عن المدونة فتأملهم. والله أعلم.

فرع: قال ابن عبد السلام هنا في قتل العبد عمدا: واختلف هل تكون الدية حالة أو مؤجلة، وقد تقدم أن مسألة اصطدام العبد مع الحر تدل على/ الحلول. انتهى. قال ابن الحاجب: ولو اصطدم حر وعبد فثمن العبد في مال الحر، ودية الحر في رقبة العبد. قال في التوضيح: المراد بالثمن القيمة، لكن تتبع المؤلف لفظ المدونة؛ يعني إن ماتا، فإن كانت القيمة أكثر من دية الحر كان الزائد لسيد العبد في مال الحر، وإن كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد من ذلك شيء. محمد: إلا أن يكون للعبد مال فيكون بقية العقل في ماله، وأخذ ابن رشد من هنا أن مذهب المدونة في جناية العبد أنها على الحلول؛ لأن قيمة العبد في مال الحر حالة، فلما قال يتقاصن ولم يقل يأخذها ويؤدي السيد الدية التي جناها عبده منجمة دل على أنها حالة، وقال أصبغ بخلاف هذا؛ وهو أن سيد العبد يخير في جنايته على الحر خطأ بين أن يسلمه أو يفديه بها منجمة. انتهى. ونقله ابن عرفة والرجراجي. والله أعلم.

مسألة: قال في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الجنائيات: وسئل ابن القاسم عن عبد جرح رجلا ثم أبق، فقال المجروح لسيد العبد إما أن تدفع إلي قيمة جرحي، وإما أن تخلي بيني وبين العبد أطلبه، فإن وجدته فهو لي. قال: لا خير فيه، هذه مخاطرة إن وجدته غير صاحبه، وإن دفع إليه قيمة الجرح لم يدر لعل العبد قد مات فلا خير فيه، وقد بلغني أن مالكا قاله. ابن رشد: هذا بين على ما قال؛ لأن العذر فيه بين، والواجب في ذلك على قوله أن يرجأ الأمر إلى أن يوجد العبد فيخير سيده، واتفاقهم على هذه المسألة يقتضي صحة قول أصبغ في مسألة التفليس. اهـ. ومسألة التفليس تقدمت. والله أعلم.

مسألة: قال في رسم العشور من سماع عيسى من الجنائيات: وسئل [عن¹⁶⁰³] العبد يقتل الحر عمدا فيسلم إلى وليه فيستحييه أبيع عليه؟ قال: لا، إلا أن يخاف أن يمثل به إن عفا عنه. ابن رشد: هذا بين لا إشكال فيه.

مسألة: فإن قتل ولي الدم العبد فلا إشكال أن ماله لسيده، [و¹⁶⁰⁴] إن استحياه فإن فداه سيده فماله لسيده، وإن أسلمه فهل يتبعه ماله؟ قال الرجراجي: فيه قولان في العتبية. والله أعلم. وأما إن جنى على العبد بعد أن جنى فأرش جنايته للمجني عليه إن أسلمه السيد. انظر ما في كتاب الجنائيات من البيان، وأظنها في سماع يحيى وأصبغ. والله أعلم.

1603 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 239 ويحيى ص 112 وبم ص 97 و م ص 81 وما يابى 179.
1604 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 239 ويحيى ص 113 وبم ص 98 و م ص 81 وما يابى 179.

مسألة: وإذا جنى العبد على شيء من الأموال ولزم رقبته فالخير سيد العبد الجاني بين أن يسلمه بما استهلك أو يفتكه. قال في المقدمات في كتاب الجنائيات: فصل في جناية العبيد على الأموال لا يخلو إما أن يؤتمنوا عليها أم لا، فإن ائتمنوا عليها بعارية أو كراء أو وديعة أو استعمال أو ما أشبه ذلك فإن ذلك على وجهين: أحدهما أن يستهلكه بالفساد والهلاك، والثاني أن يستهلكه بالانتفاع به، فإن استهلكه بالفساد والهلاك ففيه قولان؛ أحدهما أن ذلك في رقبته، وهو قول ابن الماجشون، والثاني أن ذلك في ذمته وهو قول ابن القاسم، وأما إن استهلكه بالانتفاع مثل أن يكون ثوبا فيتعدى عليه فيبيعه ويأكل ثمنه أو طعاما فيأكله وما أشبه ذلك، فهذا لا خلاف أنه في ذمته، لا في رقبته، وأما جنائيتهم على ما لم يؤتمنوا عليه فذلك في رقابهم كانت لحر أو لعبد يخير سيد العبد الجاني بين أن يسلمه بما استهلكه من الأموال أو يفتكه بذلك، كان ما استهلكه من الأموال أقل من قيمته أو أكثر إلا أن يرضى المجني عليه بأقل من ذلك إن كان حرا مالكا لنفسه أو مأنونا له في التجارة، وأما إن كان [عبدا] ¹⁶⁰⁵ محجورا عليه أو صبيبا مولى عليه فلا يجوز إلا بإذن سيد العبد أو ولي اليتيم. انتهى. وقاله الرجراجي وغيره، وزاد: قال ابن حارث في باب أحكام العبد من كتاب أصول الفقهاء له: ومن حكم العبد في جنائيته كانت جنائيته على نفسه أو على مال عمدا أو خطأ أن يخير السيد بين أن يفتكه من الجناية ويبقى كما كان قبل الجناية [أو يسلمه في جنائيته، ¹⁶⁰⁶] وقال في المنتقى في كتاب الأقضية في قضية المزن ¹ لما سرق عبيد حاطب ناقته ونحروها، وأغرم عمر رضي الله عنه حاطبا قيمتها وأضعفها ما نصه: مسألة ولو كان للعبيد أموال فقد قال أصبغ إنما يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال وإلا فلا شيء، وإنما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها، فيخير السيد بين إسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها، وقال ابن المواز: لا يتبع في السرقة التي يقطع فيها في رقه ولا عتقه ولا فيما بيده من ماله، ولو ثبت ذلك بالبيينة إذا لم توجد بعينها؛ لأن ماله إنما صار له بعد العتق. انتهى.

ص: إن قصد ضربا ش: يعني قصد ضرب من لا يجوز له ضربه، وسواء قصد الشخص المضروب نفسه أو قصد أن يضرب شخصا عدوانا فأصاب غيره، أما لو قصد ضرب من يحل له ضربه فأصاب غيره ¹⁶⁰⁷ [فهو] خطأ قال في النوادر في ترجمة صفة العمد والخطأ: قال ابن المواز: ومن قتل رجلا عمدا يظنه غيره ممن لو قتله لم يكن فيه قصاص فهو من الخطأ لا قصاص فيه، وقد مضى مثل ذلك في مسلم قتله مسلمون بعهد النبي صلى الله عليه وسلم يظنونهم من المشركين، فوداه عليه السلام ولم يهدره ². انتهى. ونقله الرجراجي في شرح المدونة. قال في المقدمات: القتل على ثلاثة أوجه الأول إذا لم [يعمد] ¹⁶⁰⁸ للقتل ولا للضرب مثل أن يرمي الشيء فيصيب به إنسانا فيقتله، أو يقتل المسلم في حرب

240

- الحديث
- 1- عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رفيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمك غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك فقال المزني قد كنت والله أمنعها من أربع مائة درهم فقال عمر اعطه ثمان مائة درهم، الموطأ، كتاب الأقضية، رقم الحديث 1418، ط. دار الكتب العلمية.
- 2- في النوادر، ج 14، ص 26، ولم يقده.

¹⁶⁰⁵ * في المطبوع عبد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

¹⁶⁰⁶ - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 239 وفي ما يابى 179 ويم 119 ويحيى 457 وم 82 (أو يسلمه في الجناية).

¹⁶⁰⁷ - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 240 ويحيى ص 113 ويم ص 98 وما يابى 180.

¹⁶⁰⁸ - في المطبوع ويحيى ص 113 يعهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 240 ويم ص 98 وما يابى 180.

نص خليل
قَصَدَ الضَّرَرَ وَهَلَكَ الْمَقْصُودُ وَإِلَّا فَالْدِّيَّةُ وَالْإِكْرَاهُ وَتَقْدِيمُ مَسْمُومٍ وَرَمْيُهُ عَلَيْهِ حَيَّةً وَكَإِشَارَتِهِ بِسَيْفٍ فَهَرَبَ وَطَلَبَهُ وَبَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ وَإِنْ سَقَطَ فَبِقَسَامَةٍ وَإِشَارَتِهِ فَقَطَّ حَطًّا وَكَالْإِمْسَاكِ لِلْقَتْلِ.

مقن الخطاب
العدو وهو يرى أنه كافر، وما أشبه ذلك، فهذا هو قتل الخطأ بإجماع، لا يجب فيه القصاص وإنما فيه الدية على العاقلة والكفارة في ماله. انتهى.

تنبيهه: قوله: "إن قصد ضرباً" يريد على وجه الغضب لا على وجه اللعب والأدب. قال في المقدمات: فإن قصد الضرب ولم يقصد القتل وكان الضرب على وجه الغضب فالمشهور عن مالك المعروف من قوله أن ذلك عمد وفيه القصاص، وقال في التوضيح: وأما اللعب ففي المقدمات فيه ثلاثة أقوال: أولها أنه خطأ قال: وهو مذهب ابن القاسم، [وروايته¹⁶⁰⁹] عن مالك في المدونة. انتهى. وقال في الشامل: فإن كان في لعب فخطأ على الأصح، وثالثها إن تلاعبا معا فكذلك، وإن ضربه ولم يلعبه الآخر فالقود. انتهى.

ص: قصد الضرر وهلك المقصود وإلا فالدية ش: يعني أن من فعل شيئاً [مما¹⁶¹⁰] تقدم لقصد الضرر لمعين أو لغير معين أو لإهلاك/ سارق أو الدواب التي تأكل زرعه فإنه ينظر إن فعله لمعين وهلك المقصود ففيه القصاص، وقوله: "وإلا فالدية" شامل للصورتين: الأولى أن يقصد ضرر شخص معين فيهلك غيره. الثانية [أن¹⁶¹¹] لا يقصد شخصاً معيناً، والحكم في الصورتين سواء كما صرح به في المدونة وغيرها وفي التوضيح، ومفهوم قوله: "قصد الضرر" أنه لو لم يقصد [ضرراً¹⁶¹²] فلا شيء عليه وهو كذلك.

قال في أول سماع أصبغ من كتاب الأفضية: قال أصبغ بن الفرج: سألت ابن القاسم عن الرجل يكون له الزرع فتغير فيه دواب الناس فتفسده، فيريد صاحب الزرع أن يحفر حول زرعه حفيراً لمكان الدواب وقد تقدم إلى أصحابها وأنذرهم، فيحفر فيقع بعض تلك الدواب في ذلك الحفير فتموت أترى عليه ضماناً؟ قال: ليس عليه شيء، ولو لم ينذرهم ولم يتقدم إليهم، وقاله أصبغ وهو قول مالك إن شاء الله. قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأنه إنما فعل ما يجوز له أن يفعله من الحفير في أرضه [وحقه¹⁶¹³] تحصينا على زرع لا لإتلاف دواب الناس، ولو فعل ذلك لإتلاف دواب الناس لزمه الضمان على ما قاله في المدونة في الذي يصنع في داره شيئاً ليتلف فيه السارق فتلف فيه السارق أو غير السارق أنه ضامن. انتهى.

وقال ابن يونس في آخر كتاب الديات: قال مالك: وإن جعل في حائطه [حفيراً للسباع¹⁶¹⁴] أو حبالاً لم يضمن ما عطب بذلك من سارق أو غيره، فإن جعل في باب جنانه قصباً يدخل في رجل من يدخله أو اتخذ تحت عتبه مسامير لمن يدخل، أو رش فناءه يريد زلق من يدخله من دابة أو إنسان أو

الحديث

1609 * - في المطبوع ورواية وما بين المعقوفين من م82 ويحيى 457 ويم 119.

1610 * - في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من يحيى 457 وم82 وميأبى 180 ويم 119.

1611 - ساقط من المطبوع (ويحيى ص113 ألا يقصد) وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص241 ويم ص98

وميأبى 180.

1612 * - في المطبوع ضاراً وما بين المعقوفين من م82 ويحيى 457 وميأبى 180.

1613 - في المطبوع وضعه وما بين المعقوفين من سيد34 وم82.

1614 * - في المطبوع حفير السباع وما بين المعقوفين من م82 ويحيى 457 وسيد34 وميأبى 180 ويم 119.

نص خليل

وَيُقْتَلُ الْجَمْعُ بَوَاحِدٍ وَالْمُتَمَالِثُونَ وَإِنْ بَسُوطٌ سَوَوطٌ وَالْمُتَسَبِّبُ مَعَ الْمُبَاشِرِ كَمُكْرِهِ وَمُكْرِهِ وَكَأَبٍ أَوْ مُعَلَّمٍ أَمْرٌ وَلَدًا صَغِيرًا وَسَيِّدٌ أَمْرٌ عَبْدًا مُطْلَقًا فَإِنْ لَمْ يَخَفِ الْمَأْمُورُ اقْتِصَ مِنْهُ فَقَطٌّ وَعَلَى شَرِيكِ الصَّبِيِّ الْقِصَاصِ إِنْ تَمَالَا عَلَى قَتْلِهِ لَا شَرِيكَ مُخْطِئٍ وَمَجْنُونٌ وَهَلْ يُقْتَصُّ مِنْ شَرِيكِ سَبْعٍ وَجَارِحٍ نَفْسِهِ وَحَرْبِي وَمَرِيضٌ بَعْدَ الْجُرْحِ أَوْ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ قَوْلَانِ وَإِنْ تَصَادَمَا أَوْ تَجَادَبَا مُطْلَقًا قَصْدًا فَمَاتَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَالْقَوْدُ وَحِيلًا عَلَيْهِ عَكْسُ السَّفِينَتَيْنِ إِلَّا لِعَجْزِ حَقِيقِي لَا لِكَخَوْفِ غَرَقٍ أَوْ ظُلْمَةٍ وَإِلَّا فِدِيَةٌ كُلٌّ عَلَى عَاقِلَةٍ الْآخَرِ وَفِرْسُهُ فِي مَالِ الْآخَرِ كَثْمَنُ الْعَبْدِ وَإِنْ تَعَدَّدَ الْمُبَاشِرُ فِي الْمَمْلَاةِ يُقْتَلُ الْجَمِيعُ وَإِلَّا قُدِّمَ الْأَقْوَى وَلَا يَسْقُطُ الْقَتْلُ عِنْدَ الْمُسَاوَاةِ بِزَوَالِهَا بِعَتَقٍ أَوْ إِسْلَامٍ.

متن الخطاب

اتخذ فيه كلبا عقورا فهو ضامن لما أصيب من ذلك، ولو رش لغير ذلك لم يضمن من عطب فيه كحافر البئر في داره لحاجة أو لإرصاد سارق فهو مفترق. [انتهى. قوله: فهو مفترق¹⁶¹⁵] يعني - والله أعلم - أنه يفرق بين أن يحفرها لحاجته فلا يضمن، أو يرصد بها السارق فيضمن فتأمله. والله أعلم.

242

ص: ويقتل الجميع بواحد ش: ولو كان المباشر للقتل واحدا منهم أو كان عينا لهم، وهذا مذهب ابن القاسم خلافا لأشهب. هكذا نقل اللخمي عنه في التبصرة. وانظر كتاب المحاربين من المدونة وشرحها لأبي الحسن. وانظر كلام الباجي.

ص: كمكره ومكره ش: يريد إلا الأب فإنه لو أكرهه شخص على قتل ابنه فقتله، فلا قصاص على الأب/ للشبهة، والقصاص على المكره بكسر الراء كما نص عليه ابن الحاجب وغيره وقبله في التوضيح، وعلم منه أن عكس المسألة أولى بعدم القصاص. والله أعلم.

243

ص: عكس السفينتين ش: أي فإنهما يحملان على عدم القصد إذا جهل أمرهم، فإذا تحقق أنهم متعمدون لإتلافهم فهم ضامنون. قال في المدونة: ولو أن سفينة صدمت أخرى فكسرتها فغرق أهلها فإن كان ذلك من ربح غلبتهم أو من شيء لا يستطيعون حبسها فلا شيء عليهم، وإن كانوا قادرين على أن يصرفوها ولم يفعلوا ضمنوا. ابن يونس: يريد في أموالهم، وقيل الدية على عواقلهم. نقله عنه ابن عرفة. وقال اللخمي: الدية في ذلك على العواقل إلا أن يتعمد ذلك، ويعلم أن ذلك مهلك فتكون الدية في أموالهما. انتهى. ونقله أبو الحسن عنه وهو مشكل فإنه يقتضي إذا تعمد أهل السفينة إغراق الأخرى فليس عليهم إلا الدية، والظاهر أنه يجب في ذلك القصاص؛ لأن ذلك بمنزلة من طرح من لا يحسن العوم، وبمنزلة المثلث فتأمله.

وقال أبو الحسن: مسألة السفينة والفرس على ثلاثة أوجه؛ إن علم أن ذلك من الريح في السفينة وفي الفرس من غير راكبه فهذا لا ضمان عليهم، أو يعلم أن ذلك من سبب النواتية في السفينة ومن سبب الراكب في الفرس فلا إشكال أنهم ضامنون، وإن أشكل الأمر حمل في السفينة على أن ذلك من الريح وفي الفرس أنه من سبب راكبه. انتهى.

244

ص: [لا¹⁶¹⁶] لعجز حقيقي ش: قال ابن عرفة: قول ابن عبد السلام: إذا جمح [فرسهما¹⁶¹⁷] بهما ولم يقدر على صرفهما لم يضمن [يرد بقولها¹⁶¹⁸] في الديات: إن جمحت دابة براكبها

الحديث

¹⁶¹⁵ - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 241 ويحيى ص 114 ويم ص 98 وما يابى 180.

¹⁶¹⁶ - هكذا في ن عدود ص 244 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع إلا لعجز وهو الذي في م 119 يحيى 458.

¹⁶¹⁷ - في المطبوع فرسهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 244 ويحيى 114 وم 82 وما يابى 181.

¹⁶¹⁸ - في المطبوع يريد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 244 (ويحيى ص 114 ترد بقوله) وم ص 82 وما يابى 181.

نص خليل

وَضَمِنَ وَقْتَ الإِصَابَةِ وَالْمَوْتِ وَالْجُرْحِ كَالنَّفْسِ فِي الْفِعْلِ وَالْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ إِلَّا نَاقِصًا جَرَحَ كَامِلًا وَإِنْ تَمَيَّزَتْ جَنَائِيَاتُ بِلَا تَمَالُؤٍ فَمِنْ كُلِّ كَفَعْلِهِ وَأَقْتَصَّ مِنْ مُوَضِّحَةٍ.

متن الخطاب

فوطئت إنسانا [فعطب¹⁶¹⁹] فإنه [ضامن،¹⁶²⁰] ويقولها في الرواحل: إن كان في رأس الفرس اعتزام فحمل بصاحبه فصدم فراكبه ضامن؛ لأن [سبب جمحه¹⁶²¹] من راكمه وفعله به إلا أن يكون إنما نفر من شيء مربه في الطريق من غير سبب راكمه فلا ضمان عليه، وإن فعل به غيره ما جمح به فذلك على الفاعل والسفينة في الريح هي الغالبة، فهذا هو الفرق بينهما.

قلت: فهذا كالنص على أن ما تلف بسبب الجموح فهو من راكمه مطلقا إلا أن يعلم أنه من [غيره¹⁶²²] خلاف قول ابن عبد السلام: ما تلف بالجموح ولم يقدر على صرفه لا ضمان فيه فتأمل.

انتهى. وهو ظاهر.

245

ص: وضمن وقت الإصابة والموت ش: يعني أنه إذا زال التكافؤ بين حصول الموجب الذي هو السبب ووصول الأثر أي [المسبب¹⁶²³] فقال ابن القاسم: المعتبر في الضمان؛ أي ضمان دية الحر وقيمة العبد حال الإصابة وحال الموت أي حصول السبب. هذا لفظ التوضيح، ويشير بقوله: "حال الإصابة والموت" إلى قول ابن الحاجب: فلو زال بين حصول الموجب ووصول الأثر كعتق أحدهما أو إسلامه بعد الرمي وقبل الإصابة وبعد الجرح وقبل الموت فقال ابن القاسم: المعتبر حال الإصابة وحال الموت كمن رمى صيدا ثم أحرم ثم أصابه فعليه الجزاء، وقال أشهب وسحنون حال الرمي، ثم رجع سحنون. انتهى. ففي الكلام لف ونشر لشيء مقدر فقوله: "حال الإصابة"؛ أي في مسألة ما إذا زال التكافؤ بين الرمي والإصابة، وقوله: "والموت" أي في مسألة ما إذا زال بين الجرح والموت.

تنبيه: وهذا بالنسبة إلى ضمان الدية والقيمة، أما بالنسبة إلى القصاص فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب إلى حصول المسبب اتفاقا. قال ابن الحاجب إثر كلامه المتقدم: فأما القصاص فبالحاليين معا قال المصنف في التوضيح: أي فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب إلى حصول المسبب اتفاقا. انتهى.

قلت: ويفهم من كلام ابن الحاجب مسألة أخرى؛ وهي أن القصاص يشترط فيه حصول التكافؤ في حال السبب والمسبب فيشترط في القصاص في الرمي أن يكون حرا من حين الرمي إلى حين الإصابة، فلو كان عبدا حين الرمي أو كان كافرا ثم عتق أو أسلم قبل الإصابة فلا قصاص عليه، وبذلك صرح ابن الحاجب وهو في سماع عيسى من كتاب الديات وليس في كلام المصنف ما يشير إلى هذا فتأمل.

ص: إلا [ناقصا¹⁶²⁴] جرح كاملا ش: يعني أن الناقص إذا جرح الكامل فإنه لا يقتص من الناقص

الحديث

1619 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 244 ويحيى ص 114 وم ص 82 ومايبي 181.

1620 - في المطبوع يضمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 244 ويحيى ص 114 وم ص 82 ومايبي 181.

1621 - في المطبوع فعله ومايبي 181 وم ص 82 (ويحيى ص 114 بسبب فعله جمحت) وما بين المعقوفين من تصحيحات دار الرضوان.

1622 - في المطبوع غير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 244 ويحيى ص 114 وم ص 82 ومايبي 181.

1623 - في المطبوع السبب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 245 وم ص 82 ومايبي 181.

1624 - في المطبوع ناقص وما بين المعقوفين من ن م ويحيى 458 وم 83.

نص خليل

أَوْضَحَتْ عَظْمَ الرَّأْسِ وَالْجَبْهَةِ وَالْخَدَّيْنِ وَإِنْ كَابِرَةً وَسَابِقَهَا مِنْ دَائِمَةٍ وَحَارِصَةٍ شَقَّتِ الْجِلْدَ وَسَمَحَاقَ كَشَطْنَتِهِ وَبَاضِعَةً شَقَّتِ اللَّحْمَ وَمُتَلَاخِمَةً غَاصَتْ فِيهِ بِتَعَدٍُّ وَمِلْطَاةٍ قَرَبَتْ لِلْعَظْمِ كَضْرِبَةِ السَّوْطِ وَجِرَاحُ الْجَسَدِ وَإِنْ مُنْقَلَةً بِالمِسَاحَةِ إِنْ اتَّحَدَ الْمَحَلُّ كَطَبِيبٍ زَادَ عَمْدًا وَإِلَّا فَالْعَقْلُ كَيْدٌ شَلَاءٌ عَدِمَتِ النَّفْعُ بِصَحِيحَةٍ وَبِالْعَكْسِ وَعَيْنٌ أَعْمَى وَلِسَانٌ أَبْكَمٌ وَمَا بَعْدَ الْمُوضِحَةِ مِنْ مُنْقَلَةٍ طَارَ فِرَاشُ الْعَظْمِ مِنَ الدَّوَاءِ وَآثَمَةٌ أَفْضَتْ لِلدَّمَاعِ وَدَائِمَةٌ خَرَقَتْ خَرِيطَتَهُ كُلُّمَّةٍ.

متن الخطاب

للكامل كما إذا جرح العبد الحر والكافر المسلم، هذا هو المشهور في المذهب الذي اقتصر عليه صاحب الرسالة، وروى ابن القصار عن مالك وجوب القصاص. قال ابن الحاجب: وقيل إنه الصحيح، وروي أنه يجتهد السلطان، وروي أنه يوقف، وروي أن المسلم مخير في القصاص والدية وخرجوها في العبد، وعلى المشهور فإن برئ المجروح على غير شين فلا شيء فيه غير الأدب إلا الجراح المقدرة، وإن برئ على شين فهو في رقبة العبد وذمة النصراني. قال في النوادر في ترجمة القود بين الرجال والنساء والعبيد والإماء: ومن كتاب ابن المواز: قال مالك ليس له أي للمسلم إلا الدية في الجراح بينه وبين الكافر والعبد.

قال مالك وإذا جرح الذمي أو العبد مسلماً عمداً فبرئ بغير شين فليس عليه غير الأدب، وإن برئ على شين من جرح العبد فهو في رقبته. انتهى. يريد في غير الجراح المقدرة فإن ديتها المقدرة تكون في رقبته، وقال في أول كتاب جنایات العبيد من النوادر عن كتاب ابن المواز: قال مالك: وإن جنى حر على عبد فينظر إلى ما نقص يوم البرء أن لو كان هذا يوم الجنایة لا يوم البرء مع الأدب يريد في العمد ولو برئ على غير شين فلا شيء فيه غير الأدب في الحر والعبد؛ إذ لا قصاص بين حر وعبد، وإن جنى عبد على حر نظر إلى دية ذلك بعد البرء في العمد والخطأ فيكون في رقبة العبد إلا أن يفدي بذلك وفي العمد الأدب، وإن برئ الحر على غير شين فلا شيء فيه إلا الأدب، وإن برئ على شين فذلك في رقبة العبد. انتهى.

246

247

ص: أوضحت عظم الرأس والجبهة ش: انظر أوائل كتاب الجراح من المدونة.

ص: بالمساحة ش: بكسر الميم. قاله في القاموس.

ص: كلطمة ش: يعني أنه لا قصاص في اللطمة باليد وإنما فيها الأدب كما يفهم من قوله: "وعمده كالخطأ إلا في الأدب" فإنه يعود إلى جميع ما تقدم. قال في كتاب الديات من المدونة قبل ترجمة الغيلة: وإن قطع بضعة من لحمه ففيها القصاص. مالك: ولا قود في اللطمة. قال الشيخ أبو الحسن: لأنها عنده لا تنضب وفيها عنده تفاوت كثير وفيها الأدب. انتهى. وكذلك الضربة بالعصا على المشهور، وهذا إذا لم يكن عن ذلك جرح وإلا فإنه يقتصر منه كما صرح بذلك في النوادر في ترجمة ذكر ما لا قود فيه من اللطمة والضربة، وذكره أيضاً في آخر الترجمة التي قبلها، وقال في المدونة: قال ابن القاسم: وفي ضربة السوط القود. قال سحنون: وروي عن مالك أنه لا قود فيه كاللطمة وفيه الأدب. انتهى. قال ابن عرفة عن الشيخ عن أشهب أنه لا قود في اللطمة ولا في الضربة بالسوط والعصا أو بشيء من الأشياء إلا أن يكون جرح. انتهى.

الحديث

وَشَفْرِي عَيْنٍ وَحَاجِبٍ وَلَحْيَةٍ وَعَمْدُهُ كَالْخَطِّ إِلَّا فِي الْأَدَبِ وَإِلَّا أَنْ يَعْظُمَ الْخَطَرُ فِي غَيْرِهَا كَعَظْمِ
الصَّدْرِ وَفِيهَا أَخَافُ فِي رَضِ الْأَنْثِيِّ أَنْ يَتَلَفَ.

نص خليل

ص: وشفر عین وحاجب ولحیة ش: قال في المدونة في كتاب الجراح: وليس في جفون العين
وأشفاها إلا الاجتهاد، [وفي حلق الرأس إذا لم ينبت الاجتهاد وكذلك اللحية، وليس في عمد ذلك
قصاص، ¹⁶²⁵ وكذلك الحاجبان إذا لم ينبتا.

متن الخطاب

ص: وعمده ¹⁶²⁶ [كالخط إلا في الأدب ش: قال في كتاب الجراح من المدونة [وفي العمدة ¹⁶²⁷
القصاص مع الأدب. قال أبو الحسن الصغير: قال أبو عمران إن اقتص منه فأدبه دون أدب من لم
يقتص منه، وقال في العتبية في سماع ابن القاسم سئل مالك عن الذي يقتص منه هل عليه عقوبة. قال
نعم. قال ابن رشد: قد قيل إنه لا عقوبة عليه مع القصاص لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ وهو
الأظهر، ووجه قول مالك في إيجاب الأدب مع القصاص [هو ¹⁶²⁸ الردع والزجر ليتناهى الناس.
انتهى. فعلم من هذا أن وجوب الأدب مع القصاص هو قول مالك، وأما القول الذي حكاه ابن رشد
بقيل، وقال إنه الأظهر فلم أقف عليه في المذهب، وكلامه في المقدمات يدل على أنه ليس في المذهب.
قال في المقدمات: ويجب على الجراح مع القصاص الأدب على مذهب مالك لجريته، وقال عطاء بن
أبي رباح: الجروح قصاص ليس للإمام أن يضربه ولا أن يسجنه وإنما هو القصاص، فعلم أن القول
الثاني الذي حكاه بقيل إنما هو قول عطاء بن أبي رباح، واختاره ابن رشد. والله أعلم.

ص: [و ¹⁶²⁹ إلا أن يعظم الخطر في غيرها كعظم الصدر ش: لما أن أخرج الجراح التي لا قصاص
فيها لأنها متالف، وفهم من ذلك أن ما عداها من الجراح فيه القصاص ذكر أن شرط القصاص فيها
أن لا يعظم الخطر في ذلك الجرح والكسر كعظم الصدر، وجزم هنا تبعاً لمن تقدمه كابن الحاجب ورد
في المدونة الأمر في ذلك لأهل المعرفة، وكذلك في الضلع. قال في كتاب الجراح من المدونة: والصلب إذا
كسر خطأ وبرى وعاد لهيئته فلا شيء فيه، وكذلك كل كسر يعود لهيئته لا شيء فيه إلا أن يكون
عمداً يستطاع فيه القصاص فإنه يقتص منه، وإن كان عظماً إلا في المأمومة والجائفة والمنقلة وما لا
يستطاع أن يقتص منه فليس في عمد ذلك إلا الدية مع الأدب. قال مالك: وفي عظام الجسد القود من
الهاشمة وغيرها إلا ما كان مخوفاً مثل الفخذ وشبهه فلا قود فيه. قال ابن القاسم: وإن كانت الهاشمة
في الرأس فلا قود فيها لأنني لا أجد هاشمة [تكون ¹⁶³⁰ في الرأس إلا كانت منقلة، ولا قصاص في
الصلب والفخذ وعظام العنق، وفي كسر أحد الزندين وهما قصبتا اليد القصاص وإن كانت خطأ فلا شيء
فيه إلا أن يبرأ على عثم فيكون فيها الاجتهاد، وفي كسر الذراعين والعضدين والساقين

الحديث

¹⁶²⁵ * - في المطبوع وفي حلق الرأس إذا لم ينبت إلا الاجتهاد وكذلك اللحية وليس في عمد ذلك القصاص وما بين
المعقوفين من التهذيب ج 4 ص 557.

¹⁶²⁶ * - في المطبوع ينبت إلا الاجتهاد وعمده وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في التهذيب
ج 4 ص 557.

¹⁶²⁷ - في المطبوع في كل عمد وما يابى 182 ويحيى ص 454 وم ص 83 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 247 .

¹⁶²⁸ - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 247 ويحيى ص 115 وم ص 83.

¹⁶²⁹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 247 ويحيى ص 115 وم ص 83 وما يابى 183.

¹⁶³⁰ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 247 ويحيى ص 115 وم ص 83 وما يابى 183.

والقدمين والكفين والأصابع القصاص، وفي كسر الضلع الاجتهاد إذا برىء على عثم، وإن برىء على غير عثم فلا شيء فيه، وإن كسرت عمدا فهي كعظام الصدر إن كان مخوفا كالفخذ فلا [قود¹⁶³¹] فيه، وإن كان مثل اليد والساق ففيه القصاص، وفي الترقوة إذا كسرت/ عمدا القصاص؛ لأن أمرها يسير لا يخاف منه، وإن كسرت خطأ [ففيها¹⁶³²] الاجتهاد [إن¹⁶³³] [برئت¹⁶³⁴] على عثم، وإلا فلا شيء [فيها¹⁶³⁵] وكذلك اليد والرجل وجميع عظام الجسد إذا كسرت خطأ فبرئت على غير عثم فلا شيء [فيها¹⁶³⁶]. انتهى. لكن بقي على المصنف أن يعد في الجراح التي لا قصاص فيها الجائفة كما نص على ذلك في المدونة وغيرها. والله أعلم. قال أبو الحسن: شك في عظام الصدر والضلع فرد ذلك إلى أهل المعرفة. انتهى. يعني به كونه رد ذلك إلى الاجتهاد.

وقال في النوادر في ترجمة ما يكون فيه القصاص وما لا يكون فيه عن كتاب ابن المواز. قال: ففي الترقوة والضلع القصاص قليل فيسقط القود في شيء من كسر العظام. قال: أما في مثل عظام الصدر فلا أرى فيه القصاص، وقد قال أشهب لا قصاص فيه لأنه متلف، وقال أشهب يسأل عنه أهل المعرفة وعن الضلع فإن كانا غير مخوفين اقتصر فيهما. قال أشهب: قال مالك وفي إحدى قصبتي اليد القصاص إن استطيع ذلك، وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة فيه القصاص. قال أشهب في الكتابين: وكذلك إذا كسرتا جميعا. قال ابن المواز: واجتمعا أنه لا قصاص في عظام العنق والفخذ والصلب وشبه ذلك من المتالف في العظام، وفيه العقل بقدر الشين إلا الصلب ففيه الدية، ولا شيء في شينه إلا أن يكون انحنى، وهو مع ذلك يقوم ففيه من الدية بحساب ذلك، وفي كسر الفخذ حكومة بقدر الشين، وقد يبلغ ذلك أكثر من الدية إلا أن يكون أشل رجله فلا يقدر أن يمشي بها على الأرض¹⁶³⁷ ففيه دية الرجل كاملة، أو [يشله¹⁶³⁸] بما ينقص مشيه فله من الدية بقدر ما نقص منها.

وقال ابن القاسم عن مالك: وفي الظفر القصاص إن استطيع منه القود. ابن المواز: اختلف فيه قول مالك وهذا أحب إلينا. قال ابن عبدوس: [قال سحنون¹⁶³⁹] ينبغي أن يكون الظفر كسن الصبي لأنه ينبت انتهى. وقال ابن الحاجب: [وإذا برىء عظم الخطر¹⁶⁴⁰] على غير عثم فكالخطأ فلا شيء فيه سوى الأدب في العمد، بخلاف العمد في غيره فإنه يقاد منه وإن برىء على غير عثم. انتهى. قال

1631 - في المطبوع شيء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 247 ويحيى ص 115 وما يابى 183.

1632 * - في المطبوع ففيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج 4 ص 557.

1633 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 248 ويحيى ص 115 وم ص 83 وما يابى 183.

1634 * - في المطبوع برئ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1635 * - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1636 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 248 ويحيى ص 115 وم ص 83 وما يابى 183.

1637 - في ما يابى 184 وسيد 35 ويحيى 459 ان يمس بها الارض ص 248.

1638 * - في المطبوع يشبه وما بين المعقوفين من سيد 35 ويحيى 459 وم 83.

1639 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 248 ويحيى ص 115 وم ص 83 وما يابى 184.

1640 * - في المطبوع ولو برئ العظم الخطر وما بين المعقوفين من التوضيح ج 3 ص 480.

نص خليل

وَأِنْ ذَهَبَ كَبَصْرُ جَرْحٍ اقْتَصَرَ مِنْهُ فَإِنْ حَصَلَ أَوْ زَادَ وَإِلَّا فَدِيَّةٌ مَا لَمْ يَذْهَبْ وَإِنْ ذَهَبَ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فَإِنْ اسْتَطِيعَ كَذَلِكَ وَإِلَّا فَالْعَقْلُ كَأَنْ شَلَّتْ يَدُهُ بِضَرْبَةٍ وَإِنْ قُطِعَتْ يَدٌ قَاطِعَ بِسَاقٍ أَوْ سَرْقَةٍ أَوْ قِصَاصُ لَغَيْرِهِ فَلَا شَيْءَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَإِنْ قُطِعَ أَقْطَعَ الْكَفَّ مِنَ الْوَرَقِ فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ أَوْ الدِّيَّةُ كَمَقْطُوعِ الْحَشْفَةِ وَتُقَطَّعُ الْيَدُ النَّاقِصَةُ إِصْبَعًا بِالْكَامِلَةِ بِلَا غُرْمٍ وَخَيْرٌ إِنْ نَقَصَتْ أَكْثَرَ فِيهِ وَفِي الدِّيَّةِ وَإِنْ نَقَصَتْ يَدُ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَالْقَوْدُ وَلَوْ إِبْهَامًا لَا أَكْثَرَ وَلَا يَجُوزُ بِكَوَعٍ لِذِي مِرْفَقٍ وَإِنْ رَضِيََا وَتَوَخَّذُ الْعَيْنُ السَّلِيمَةُ بِالضَّعِيفَةِ خَلْقَةً أَوْ كَبِيرَ وَلَجْدَرِيٍّ أَوْ لِكَرَمِيَّةٍ فَالْقَوْدُ إِنْ تَعَمَّدَ وَإِلَّا فِحِسَابِهِ وَإِنْ فَقَا سَالِمٌ عَيْنَ أَعْوَرَ فَلَهُ الْقَوْدُ وَأَخَذُ الدِّيَّةِ كَامِلَةً مِنْ مَالِهِ وَإِنْ فَقَا أَعْوَرٌ مِنْ سَالِمٍ مُمَائِلَتَهُ فَلَهُ الْقِصَاصُ أَوْ دِيَّةٌ مَا تَرَكَ وَغَيْرَهَا فَيَنْصَفُ دِيَّةً فَقَطْ فِي مَالِهِ وَإِنْ فَقَا عَيْنِي السَّالِمِ فَالْقَوْدُ وَتَنْصَفُ الدِّيَّةُ وَإِنْ قُلِعَتْ سِنٌ فَتَبَّتَتْ فَالْقَوْدُ وَفِي الْخَطَا كَالْخَطَا.

متن الخطاب في التوضيح: يعني أن ما لا قصاص فيه لخطره لو برى على غير عيب فلا شيء فيه، أما القصاص

فلأنها مخوفة، وأما العوض فلأن الشرع لم يسم نعم يؤدب القاضي المتعمد. انتهى.

فائدة: قال عياض: العثم والعتل بالميم واللام معا، والعين المهملة المفتوحة، والثاء المثلثة مفتوحة مع اللام وساكنة مع الميم، وكلاهما بمعنى وهو الأثر والشين. انتهى من التنبيهات. وقال أبو الحسن: الضلع بالضاد المعجمة مكسورة وفتح اللام، والترقوة بفتح التاء وضم القاف غير مهموز أعلى الصدر المتصل بالعنق، والزند بفتح الزاي وبالنون. انتهى.

ص: وإن ذهب كبصر جرح اقتصر منه فإن حصل أو زاد وإلا فدية ما لم يذهب ش: أي وإن جرح شخص شخصا [جرحا]¹⁶⁴¹ فيه القصاص وذهب بسبب ذلك الجرح شيء آخر كبصر أو سمع أو شم أو ذوق أو عقل اقتصر من الجاني لذلك الجرح، فإن حصل فيه مثل ما حصل في المجني عليه من ذهاب العقل أو السمع أو البصر أو غير ذلك أو زاد فقد حصل المطلوب، فإن لم يحصل فيه مثل ما حصل في المجني عليه فإنه يكون على الجاني دية ذلك، ولم [يبين]¹⁶⁴² المصنف هل الدية في ماله أو على عاقلته، وفي ذلك قولان ذكرهما ابن الحاجب وغيره؛ فمذهب ابن القاسم أن الدية في ماله، وقال أشهب على عاقلته.

ص: وإن ذهب والعين قائمة فإن استطيع كذلك وإلا فالعقل كأن شلت يده بضربة ش: يعني فإن استطيع أن يقتصر منه وعينه قائمة/ فعل. قال في مختصر الوقار: فإذا ضربت العين [فأغيمت]¹⁶⁴³ وذهب بصرها وبقي جمالها ففيها عقلها خمسمائة ولا قود فيها، وإن أتى ذلك منها عمدا لأنه لا يصل إلى القود [في ذلك]¹⁶⁴⁴ وكذلك اليد إذا شلت ولم تبين، وكذلك اللسان إذا خرس

249

الحديث

1641 - في المطبوع جرح وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 ويحيى ص116 وم ص84 ويسم ص100 ومايأبى 184.

1642 * - في المطبوع بين وما بين المعقوفين من سيد35 وم84 ويحيى460 ومايأبى184 ولم يبين المصنف ص248.

1643 * - في المطبوع فأقيمت وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب ولعل الصواب فأغيمت.

1644 * - في المطبوع إلا بذلك وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايأبى184 وسيد35.

وَالْإِسْتِيفَاءُ لِلْعَاصِبِ كَالْوَلَاءِ إِلَّا الْجَدَّ وَالْإِخْوَةَ فَسَيَّانٍ وَيَحْلِفُ الثَّلَاثَ وَهَلْ إِلَّا فِي الْعَمْدِ فَكَأَخِ تَأْوِيلَانَ
وَأَنْتَظِرَ غَائِبٌ لَمْ تَبْعُدْ غَيْبَتَهُ وَمُعَمَّى وَمُبْرَسَمٌ.

نص خليل

ولم يقطع هذه سبيل كل ما ذهب منفعته ولم يبين عن [جثمانى] ¹⁶⁴⁵ المجني عليه وبقي جماله وإن كان [معيبا] ¹⁶⁴⁶ ففيه عقله كاملا، ولا قود فيه [وإن] ¹⁶⁴⁷ كان عمدا ويؤدب الجاني مع أخذ العقل منه، وإذا ضرب رجل عين رجل فأدمعها، أو ضرب سنه فحركها، أو ضرب يده فأوهنها استؤنى بجميع ذلك سنة فما آل إليه أمر العين والسن واليد بعد السنة حكم بذلك للمجني عليه بعد السنة. انتهى.

متن الخطاب

250

ص: والاستيفاء للعاصب ش: قال اللخمي: إذا اجتمع في القيام بالدم نسب وولاء كان النسب المبدأ في القيام والعفو وإن لم يكن ذو نسب فالملو الأعلى، فإن لم يكن مولى أعلا فالسلطان، ولا شيء للمولى الأسفل. انتهى. وقال قبله: وإن لم يكن إلا رجل من الفخذ أو القبيل ولا يعرف قعده من الميت ولا من يكون له ميراثه لم يكن له قيام بالدم. انتهى. وقال ابن سلمون: فإن لم يكن أولياء فهل للسلطان مال الأولياء من العفو أو القصاص؟ قال ابن الحاج في مسائله: الذي يقتضيه الواجب أنه لا نظر للسلطان في العفو عنه، وكذلك ظهر لابن رشد. انظرها في سماع يحيى من الديات. انتهى. والذي في سماع يحيى في المسلم يقتل المسلم عمدا ولا ولي له إلا المسلمون إنه لا ينبغي للإمام أن يهدر دم المسلم ولكن يستقيد منه، فإن قتل نصراني نصرانيا ثم أسلم القاتل والولي للمقتول المسلمون فإن العفو في مثل هذا أحب إلي، وانظرها في أول سماع يحيى من الديات، وانظر بقية كلام ابن رشد عليها وتقدم شيء من هذا عن المجموعة عند قول المصنف: "حين القتل".

فرع: قال في مختصر الوقار: وإذا أقر رجل أنه قتل عمدا ولم يعرف المقتول ولم يوجد له أولياء يقومون بدمه سجنه الحاكم ولم يقتله، فلعل له وليا يعفو عن دمه. انتهى وانظر ابن سلمون. ص: وانتظر غائب لم تبعد غيبته ش: يعني أنه إذا كان للمقتول وليان أحدهما غائب والآخر حاضر فليس للحاضر أن يستبد بالقتل قبل أن يعلم رأي الغائب إلا أن يكون الغائب بعيد الغيبة فإنه لا ينتظر، وظاهر المدونة أن الغائب ينتظر وإن بعدت غيبته.

قال في كتاب الديات من المدونة: وإذا كان القتل بغير قسامة، وللمقتول وليان أحدهما حاضر والآخر غائب فإنما للحاضر أن يعفو، فيجوز العفو على الغائب، وتكون له حصته من الدية [وليس] ¹⁶⁴⁸ له أن يقتل حتى يحضر الغائب، فحملها ابن رشد على ظاهرها كما ذكره في سماع يحيى من كتاب الديات، وكذلك ذكر ابن عرفة عن تعلية أبي عمران عن ابن أبي زيد أن ظاهر المدونة ينتظر وإن بعدت غيبته، وقيد ابن يونس المدونة بما إذا لم تبعد غيبته. قال: قال سحنون فيمن بعد جدا أو أيس منه كالأسير ونحوه. قال ابن عرفة: في النواذر عن المجموعة قال ابن القاسم ينتظر الغائب إلا أن يكون

الحديث

¹⁶⁴⁵ * - في المطبوع جسمان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى 184 وسيد 35.

¹⁶⁴⁶ * - في المطبوع معينا وما بين المعقوفين من يحيى 460 ويم 121 ومايابى 184 وسيد 35.

¹⁶⁴⁷ - في المطبوع أو إن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 249 ويحيى ص 116 وم ص 84 ويم ص 100 ومايابى 184.

¹⁶⁴⁸ - في المطبوع فليس وما بين المعقوفين من ن ذي ص 250 ومايابى 185.

نص خليل

لَا مُطَبِّقٌ وَصَغِيرٌ لَمْ يَتَوَقَّفِ الثُّبُوتُ عَلَيْهِ وَلِلنِّسَاءِ إِنْ وَرَثْنَ وَلَمْ يَسَاوِهَنَّ عَاصِبٌ وَلِكُلِّ الْقَتْلِ وَلَا عَفْوٌ إِلَّا
بِاجْتِمَاعِهِمْ كَأَنَّ حُزْنَ الْبِيرَاثِ وَتَبَّتْ بِقَسَامَةٍ وَالْوَارِثُ كَمُورِثِهِ وَلِلصَّغِيرِ إِنْ عَفِيَ نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ وَلَوْلِيهِ
النَّظَرُ فِي الْقَتْلِ وَالِدِيَّةٌ كَامِلَةٌ كَقَطْعِ يَدِهِ إِلَّا لِعُسْرِ فَيَجُوزُ بِأَقَلِّ بِخِلَافِ قَتْلِهِ فَلِعَاصِبِهِ وَالْأَحَبُّ أَخْذُ
الْمَالِ فِي عَبْدِهِ.

متن الخطاب

بعيد الغيبة فلمن حضر القتل. ثم ذكر كلام سحنون. قال ابن عرفة: فحذف الصقلي قول ابن القاسم
قصور. انتهى. فعلم من كلام ابن عرفة أن ابن القاسم لم يقيد الغيبة بالبعد جدا، ويفهم منه أن كلام
سحنون خلاف قول ابن القاسم فلذلك لم يقيد المصنف الغيبة بالبعد جدا كقول سحنون، وكما هو
ظاهر كلام ابن الحاجب، وعلم من كلام المصنف أنه لم/ [يرتض¹⁶⁴⁹] حمل المدونة على ظاهرها كما
قال ابن رشد، وقال في الشامل: وفيها انتظار الغائب [وهل إن قربت¹⁶⁵⁰] غيبته، وهو الأصح، أو
مطلقا تأويلان، وكتب إليه إن أمكن، فإن أيس منه لم ينتظر كأسير وشبهه. انتهى.

251

تنبيهات: الأول: إذا قلنا ينتظر فإن القاتل يحبس. قال في المدونة إثر الكلام السابق: ويحبس
القاتل حتى يقدم الغائب، ولا يكفل، إذ لا كفالة في النفس ولا فيما دون النفس من القصاص. انتهى.
الثاني: ظاهر كلام ابن عرفة والبرزلي أن مثل هذا يحبس ويقيد بالحديد. انظر كلامهما.

الثالث: هذا ظاهر إذا كان للقاتل مال يأكل منه، أو أجرى له من بيت المال ما يأكل منه، أو التزم
ذلك [أحد، وأما إذا لم يكن¹⁶⁵¹] له شيء من ذلك فانظر كيف يعمل فيه، هل يطلق من السجن وهو
الظاهر إذ يبعد أن يقول أحد إنه يخلد في السجن حتى يموت جوعا فتأمله.

الرابع: هذا الخلاف الذي ذكرناه في انتظار الغائب البعيد الغيبة إنما هو حيث تتعدد أولياء الدم
وكان بعضهم حاضرا، وأما إن لم يكن إلا ولي واحد وهو غائب، أو غاب جميع الأولياء فالظاهر أنهم
ينتظرون مطلقا ولو بعدت غيبتهم، ويشهد لذلك الفرع المنقول عن مختصر الوقار في القولة التي قبل
هذه لكن مع وجود النفقة على القاتل هذا الذي ظهر لي، ولم أر في المسألة المذكورة نصا بعد البحث
[عنها¹⁶⁵²] في المدونة وأبي الحسن والجرجاني والنوادر والبيان والتوضيح وابن عبد السلام والشامل
وبهرام الكبير والمقدمات والذخيرة وغيرها. والله أعلم.

ص: لا مطبق وصغير ش: قال ابن عرفة: وفيها إن كان أحد الوليين مجنونا مطبقا فلآخر أن يقتل
وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر، وإن كان في الأولياء مغمى عليه أو مبرسم انتظر إفاقته؛ لأن هذا
مرض ابن رشد القياس قول من قال ينتظر، وأفتى/ فيمن له بنون صغار [وعصبة¹⁶⁵³] كبار بانتظار
الصغار قائلا: إذ هم أحق بالقيام بالدم، فسئل عن فتياه بخلاف الرواية الماثورة في ذلك فقال خفي

252

الحديث

1649 - في المطبوع ترتض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 ويحيى ص 116 وم ص 84 ويم ص 100
ومايأبى 185.

1650 * - في المطبوع إن قربت وما بين المعقوفين من يحيى 460 ويم 121 وسيد 34 وم 85 ومايأبى 185.

1651 * - في المطبوع أحد إذا لم يكن وما بين المعقوفين من سيد 35 ويم 121 ومايأبى 185 وم 84.

1652 - في المطبوع عليها ويحيى 460 وم 84 ومايأبى 186.

1653 - في المطبوع ويحيى ص 116 أو عصبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252 وم ص 84 ويم ص 101
ومايأبى 186.

متن الخطاب [على¹⁶⁵⁴] السائل معنى ذلك فظن أنه لا يسوغ للمفتي العدول عن الرواية وليس كذلك، بل لا يسوغ للمفتي تقليد الرواية إلا بعد علمه بصحتها، لا خلاف فيه بين أحد من أهل العلم، وهذه الرواية مخالفة للأصول، واستدل على مخالفتها بما حاصله وجوب اعتبار حق الصغير وتأخيريه لبلوغه كحق له بشاهد واحد، وبأن له جبر القاتل على الدية على قول أشهب وأحد قولي ابن القاسم ورواية الأخوين. ابن عرفة: ولا يخفى ضعف هذا، ولا يعتبر هذا في زماننا، إنما ساغ ذلك لابن رشد لعلو طبقته، وقال بعض من عاصره ليس العمل على هذا؛ إذ هو خلاف قول ابن القاسم، وفي طرة بعض نوازل ما نصه ليس العمل على هذا إذ هو [خلاف قول ابن القاسم،¹⁶⁵⁵] وقال ابن الحاجب إنه أفتى بذلك من غير رواية ولا حجة، فإن قلت ما هي الرواية الماثورة في ذلك؟ قلت: في الموازية والمجموعة روى ابن وهب وأشهب في قتل له بنون صغار وعصبة فللعصبة القتل ولا ينتظر بلوغ الصغار. قال عنه ابن وهب: ولهم العفو على الدية وتكون بينهم. قال عنه أشهب: وينظر للصغار وليهم في القود والعفو على مال، وله أن يقسم إن وجد معه من العصبة من يقسم معه، وإن لم يكن في [قربه¹⁶⁵⁶] ثم يكون لهذا الذي هو أولى بالصبي القتل أو العفو على الدية. انتهى. وانظر عزوه الرواية للموازية والمجموعة.

وقد قال في كتاب الديات من المدونة: وإذا كان للمقتول عمدا ولد صغير وعصبة فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفوا ويجوز ذلك على الصغير. وقال قبل هذا في ترجمة من تجوز شهادته في قتل الخطأ: وإذا كان للمقتول أولاد صغار والقتل بقسامة فأولياء المقتول تعجيل القتل، ولا ينتظر أن يكبر ولده الصغار فيبطل الدم، وإن عفوا لم يجز عفوهم إلا على الدية لا على أقل منها، وإن كان أولاد المقتول كبارا وصغارا، فإن كان الكبار اثنين فصاعدا فلهم أن يقسموا ويقتلوا، ولا ينتظر بلوغ الصغار وإن عفا بعضهم فللباقين الأصغر حظهم من الدية، وإن لم يكن له إلا ولد كبير وصغير، فإن وجد الكبير رجلا من ولادة الدم حلف معه، وإن لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يمينا ثم للكبير أن يقتل، وإن لم يجد من يحلف معه حلف خمسا وعشرين يمينا واستؤني الصغير، فإذا بلغ حلف أيضا خمسا وعشرين يمينا ثم استحق الدم، وإن كان القتل بغير قسامة وللمقتول ولدان أحدهما حاضر والآخر غائب فإنما للحاضر أن يعفو [و¹⁶⁵⁷] يجوز على الغائب، ويكون له [حصته¹⁶⁵⁸] من الدية وليس له أن يقتل حتى يحضر الغائب ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب ولا يكفل إذ لا كفالة في النفس ولا فيما دون النفس من القصاص، وإن كان للمقتول أولياء كبار وصغار فللكبار أن يقتلوا، ولا ينتظر الصغار، وليس الصغير كالغائب يكتب إليه فيصنع في نصيبه ما أحب، والصغير يطول انتظاره فيبطل الدم وإن كان أحد الوليين مجنونا مطبقا فلاآخر أن يقتل وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر قال:

1654 - في المطبوع عن ويحيى ص 116 ويم ص 101 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 252 وما يابى 186.
 1655 * - في المطبوع خلاف ابن القاسم وما بين المعقوفين من يحيى 461 وسيد 35 ويم 122 وم 84 وما يابى 86.
 1656 * - في المطبوع قرية وما بين المعقوفين من يحيى 461 وسيد 35 وما يابى 126.
 1657 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252 وما يابى 186.
 1658 * - في المطبوع حصة وما بين المعقوفين من يحيى 461 ويم 122 وم 85 وما يابى 186.

نص خليل

وَيَقْتَصُّ مَنْ يَعْرِفُ بِأَجْرِهِ الْمُسْتَحَقُّ وَلِلْحَاكِمِ رَدُّ الْقَتْلِ فَقَطُّ لِلْوَلِيِّ وَنَهَى عَنِ الْعَبَثِ وَأَخْبَرَ لِبَرْدٍ أَوْ حَرٍّ كَالْبُرءِ كَدَيْتِهِ خَطَأً وَلَوْ كَجَائِفَةٍ وَالْحَامِلُ وَإِنْ يَجْرَحُ مُخِيفٌ لَا يَدْعَوَاهَا وَحُبِسَتْ كَالْحَدِّ وَالْمَرْضِعُ لَوْجُودِ مَرْضِعٍ وَالْمُوَالَاةُ فِي الْأَطْرَافِ كَحَدِّينَ لِلَّهِ لَمْ يُقَدَّرْ عَلَيْهِمَا وَبُدِئَ بِأَشَدِّ لَمْ يُخَفْ عَلَيْهِ لَا بِدُخُولِ الْحَرَمِ وَسَقَطَ إِنْ عَفَا رَجُلٌ كَالْبَاقِي وَالْبِنْتُ أَوْلَى مِنَ الْأَخْتِ فِي عَفْوٍ وَضِدِّهِ وَإِنْ عَفَتْ بِنْتُ مِنْ بَنَاتِ نَظَرَ الْحَاكِمُ وَفِي رَجَالٍ وَنِسَاءٍ لَمْ يَسْقُطْ إِلَّا يَهُمَا أَوْ يَعْضُهُمَا وَمَهُمَا أَسْقَطَ الْبَعْضُ فَلِمَنْ بَقِيَ نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ كَارِثِهِ وَلَوْ قَسَطًا مِنْ نَفْسِهِ وَإِثْنُهُ كَالْمَالِ وَجَارَ صَلُّهُ فِي عَمْدٍ بِأَقْلٍ أَوْ أَكْثَرٍ وَالْخَطَأُ كَبَيْعِ الدِّينِ وَلَا يَمْضِي عَلَى عَاقِلَتِهِ كَعَكْسِهِ فَإِنْ عَفَا فَوْصِيَّةً وَتَدَخَّلَ الْوَصَايَا فِيهِ وَإِنْ بَعْدَ سَبَبِهَا أَوْ بَثْلِهِ أَوْ بِشْيٍ إِذَا عَاشَ بَعْدَهَا مَا يُمَكِّنُهُ التَّغْيِيرُ فَلَمْ يُغَيَّرْ.

متن الخطاب

وإن كان بعض الأولياء مغمى عليه أو مبرسما فإنه ينتظر إفاقته لأن هذا مرض من الأمراض. انتهى.
ثم قال بعد ذلك ما هو أصرح في المسألة، وإذا كان [للمقتول¹⁶⁵⁹] عمدا ولد صغير وعصبة فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفوا ويجوز ذلك على الصغير وليس لهم أن يعفوا على غير مال. انتهى.
وقال أبو الحسن: قوله فيبطل/ الدم إما بأن يموت القاتل حتف أنفه أو يهرب من السجن. اهـ.
ص: ويقتص من يعرف بأجرة من المستحق ش: يعني أن المجروح إذا وجب له القصاص فإنه لا يترك أن يقتص لنفسه، ولكن يدعى له أهل المعرفة بالقصاص فيقتصون له وتكون أجرة الذي يقتص على/ المستحق للقصاص. قاله مالك وابن القاسم وأشهب. قاله في النوادر قال ويدعى له أرفق من يقدر عليه من أهل البصر فيقتص بأرفق ما يقدر عليه. قال مالك: وأحب إلي أن يولي الإمام على الجراح رجلين عدلين ينظران ذلك ويقيسانه.

253

254

قال: وإن لم يجد إلا واحدا فأرى ذلك مجزئا إن كان عدلا، فإن كانت موضحة شرط في رأسه مثلها، وإن كانت سنا مقلوعة من أصلها نزع من الجاني بالكلبتين أو بأرفق ما يقدر عليه، وإن كسر أشرافها أو بعضها سحل بمقدار ذلك منها قيل لمالك أتجعل موسى بيد المجروح ثم يشد الطبيب على يده حتى يبلغ ذلك؟ قال: لا أعرف هذا. اهـ.

تنبيه: فعلم من هذا أن القصاص في الجراح لا يطلب فيه أن يكون بمثل ما جرح [به،¹⁶⁶⁰] فإذا شجه موضحة مثلا بحجر أو عصا يقتص منه بالموسى، ولا يقتص منه بحجر أو عصا.

ص: ومهما أسقط البعض فلن بقي نصيبهم من دية عمد ش: يعني أنه إذا أسقط بعض من له العفو حقه وعفا عن القاتل فإن القود يسقط ويتعين للباقيين نصيبهم من دية عمد ويدخل في ذلك بقية الورثة، فإذا عفا جميع الأولياء فلا شيء للبنات. قال في المدونة في آخر كتاب الديات: وإذا قامت بينة بالقتل عمدا [وللمقتول¹⁶⁶¹] بنون وبنات/ فعفو البنين جائز على البنات ولا أثر لهن مع البنين في عفو ولا قيام، وإن عفا على الدية دخل فيها النساء وكانت على فرائض الله تعالى وقضى منها

255

الحديث

¹⁶⁵⁹ - في المطبوع المقتول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252 ويحيى ص 117 وم ص 84 ويم ص 101 ومايأبى 187.

¹⁶⁶⁰ - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ز ص 254 ويحيى ص 117 ويم ص 101 وم ص 85 ومايأبى 187.

¹⁶⁶¹ - في المطبوع فللمقتول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 254 ويحيى ص 117 وم ص 85 ويم ص 101 ومايأبى 187.

بِخِلَافِ الْعَمْدِ إِلَّا أَنْ يُنْفِذَ مَقْتَلَهُ وَيَقْبَلَ وَارِثُهُ الدِّيَّةَ وَعَلِمَ.

متن الخطاب دينه، وإن عفا واحد من البنين سقطت حصته من الدية وكانت بقيتها [بين من بقي¹⁶⁶²] على الفرائض وتدخل في ذلك الزوجة وغيرها، وكذلك إذا وجب الدم بقسامة، ولو أنه عفا على الدية كانت له ولسائر الورثة على المواريث وإذا عفا جميع البنين فلا شيء للنساء من الدية وإنما لهن إذا عفا بعض البنين والإخوة والأخوات إذا استوتوا فهم كالبنين والبنات فيما ذكرنا. اهـ. وما ذكره في المدونة من أنه إذا عفا جميع البنين فلا شيء للنساء من الدية.

قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولا لمن لا يعتبر عفوه معه كالبنات والابن وهو ظاهر المذهب، وبه قال ابن القاسم وأشهب، وروى أشهب عن مالك أيضا إن عفا الذكور كلهم فحق أخواتهم في الدية باق. ابن المواز: وبالقول الأول قال من أدركنا من أصحاب مالك ثم إن الأول مقيد بأن يعفو كل من له العفو في فور واحد، وأما لو عفا بعض من له ذلك ثم بلغ من بقي وعفا فلا يضر ذلك من معهما من أخت وزوج وزوجة لأنه مال ثبت بعفو الأول. قاله محمد. اهـ.

ص: بخلاف العمد ش: أي فلا تدخل الوصايا فيما أخذه الورثة عنه. قال في الشامل: ولا مدخل لوصية في عمد وإن ورثت كماله [وغيرم¹⁶⁶³] الدين منه، ولو قال إن قبل أولادي الدية فوصيتي فيها أو أوصي بثلاثها ولا يدخل منها في ثلثه شيء إلا إذا أنفذ مقتله وقبل أولاده الدية وعلم بها. اهـ. فرع: ولو أوصى أن تقبل الدية من القاتل وأوصى فيها بوصايا لم تدخل الوصايا فيه على المشهور لاحتمال أن لا يرضى القاتل. قاله في رسم العارية من سماع عيسى من كتاب الديات فإن رضي القاتل بذلك أيضا كانت الوصايا في الدية.

تنبيه: قال ابن الحاجب: بخلاف العمد فإنه لا مدخل للوصية فيه وإن كان يورث كماله ويغرم الدين منه. قال ابن عبد السلام: معناه أنه لا يضر في سلب المالية عن [دم¹⁶⁶⁴] العمد وعدم نفوذ الوصية من ثلث ديته كون الدية فيه تورث كماله وتأخذ منها الزوجة سهمها ويؤدي منها الدين لأنها دائرة بين ما قلناه من عدم المالية وبين كونها [مالا لم¹⁶⁶⁵] يعلم به [الموصي¹⁶⁶⁶]. انتهى. وقال في التوضيح: ولا يضر في سلب المالية كونه يورث عنه ويغرم منه الدين لأنها مال لم يعلم به ربه أو ليست بمال حقيقة فتأمل. اهـ. ولا أعلم خلافا في كونه يؤدي منها دين الميت إذا قبلت. قال ابن رشد في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا: ولو أوصى المقتول بمال فقال يخرج ثلثي مما علمت من مالي ومما لم أعلم لم تدخل في ذلك الدية التي أخذها الورثة لأنها مال لم يكن له وإنما قال [مما¹⁶⁶⁷] لم

¹⁶⁶² * - في المطبوع بين حق من بقي وما بين المعقوفين من يم 122 وسيد 36 وم 85.

¹⁶⁶³ - في المطبوع ومايبي 187 ويحيى ص 117 وم ص 85 ويم ص 101 أو غرم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 255.

¹⁶⁶⁴ - في المطبوع عدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 255 ويحيى ص 118 وم ص 85 ويم ص 101 ومايبي 187.

¹⁶⁶⁵ - في المطبوع ما لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 255 ومايبي 188 (وفي يحيى ص 118 مالا يعلم) (ويم ص 101 مال لم يعلم).

¹⁶⁶⁶ - في المطبوع ويم ص 101 الوصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 255 ويحيى ص 118 ومايبي 188.

¹⁶⁶⁷ - في المطبوع ما ومايبي 188 ويحيى ص 118 ويم ص 102 وم ص 85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 255.

نص خليل

وإن عفا عن جرحه أو صالح فمات فلا وليائه القسامة والقتل ورجع الجاني فيما أخذ منه وللقاتل الاستحلاف على العفو فإن تكل حلف واحدة وبرئ وتلوم له في بيئته الغائبة وقتل بما قتل ولو نارا إلا بخمر أو لواط وسحر وما يطول وهل والسلم أو يجتهد في قدره تأويلان فيغرق ويخنق ويحجر وضرب بالعصا للموت كذي عصوين ومكن مستحق من السيف مطلقا واندراج طرف إن تعمده وإن لغيره لم يقصد مثله كالأصابع في اليد ودية الخطأ على البادي مخمسة بنت مخاض وولدا لبون وحقه جدعة ورُبعت في عمدٍ يحذف ابن اللبون وثُلثت في الأب ولو مجوسياً في عمدٍ لم يقتل به كجرحه بثلاثين حقة وثلاثين جدعة وأربعين خلفة بلا حد سن وعلى الشامي والمصري والمغربي ألف دينار وعلى العراقي اثنا عشر ألف درهم إلا في المثلثة فيزاد بنسبة ما بين الديتين والكتابي والمعاهد نصف ديتيه والمجوسي والمرتد ثلث خمس وأنثى كل كنصفه وفي الرقيق قيمته وإن زادت وفي الجنين وإن علقه عشر أمه ولو أمة نقدا أو غرة عبد أو وليدة تساويه والأمة من سيدها والنصرانية من العبد المسلم كالحرة إن زایلها كله حية إلا أن يحيا فالدية إن أقسموا ولو مات عاجلاً وإن تعمده بضرب بطن أو ظهر أو رأس ففي القصاص خلاف وتعدّد الواجب بتعدده.

أعلم [من مالي¹⁶⁶⁸] وديته لم تكن من ماله ولكن يؤدي منها [دينه¹⁶⁶⁹]، ويرثها عنه ورثته على كتاب الله عز وجل؛ لأن السنة أحكمت ذلك في الدية وإن كانت ليست بمال للمقتول الموروث، قال ابن دحون: وهو صحيح. اهـ كلام ابن رشد.

مقن الخطاب

ص: وإن عفا عن جرحه أو صالح فمات ش: نحوه في المدونة فيمن قطعت يده فعفا ثم مات، قال الشيخ أبو الحسن إن قال/ عفوت عن اليد لا غير لا إشكال، وإن قال عن اليد وما ترامي إليه من نفس أو غيره فلا إشكال، وإن قال عفوت فقط فهو محمول على أنه عفا عما وجب له في الحال، وهو قطع اليد. اهـ وقد ذكر المصنف هذه المسألة في كتاب الصلح أيضاً، وتقدم الكلام عليها بما فيه الكفاية. والله أعلم.

ص: واندراج طرف ش: يعني أن الأطراف تندرج في النفس كما إذا قطع يد واحد ورجل آخر وفقاً عين آخر وقتل آخر وهو ظاهر.

256

فرع: قال في المدونة في أثناء كتاب الديات: ومن فقلأ أعين جماعة اليمنى وقتاً بعد وقت ثم قاموا فلتفقاً عينه لجميعهم، وكذلك اليد والرجل، ولو أقام أحدهم¹⁶⁷⁰ -وهو أولهم أو آخرهم- فله القصاص ولا شيء لمن بقي، وكذلك لو قتل رجلاً عمداً ثم قتل بعد ذلك رجلاً فقتل [فلا شيء لهم¹⁶⁷¹] عليه. انتهى.

257

ص: ودية الخطأ على البادي مخمسة ش: شرع يتكلم رحمه الله على/ الدية وهي بتخفيف الياء المثناة التحتية. قال ابن عرفة: الدية مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد فيخرج ما يجب بقتل غير آدمي من قيمة فرس ونحوه، وما يجب بقتل ذي رق من قيمته والحكومة. انتهى.

ص: وفي الجنين ولو علقه عشر دية أمه ش: شمل كلامه جنين الحيوان البهيمي. قال في المسائل الملقوطة لما ذكر المسائل التي انفرد بها مالك ولم يتبعه عليها أحد من فقهاء الأمصار: من ضرب بطن بهيمة فألقت جنيناً ميتاً فعليه عشر قيمة أمه. اهـ. وهذا خلاف ما يقوله المصنف إنما فيه ما نقصها وهو الذي يقوله أهل المذهب.

ص: [وورثت¹⁶⁷²] على الفرائض ش: تصوره ظاهر.

258

الحديث

1668 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 255 وما يابى 188.
1669 - في المطبوع ديته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 255 ويحيى ص 118 وم ص 85 ويم ص 102 وما يابى 188.
1670 - في م 85 وما يابى 188 ويحيى 462 وسيد 36 ولو قام أحدهم ص 256.
1671 - في المطبوع ولا شيء فيه لهم وما بين المعقوفين من ذي ص 256.
1672 - في المطبوع وأورثت (ويم ص 102 وورث) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 258 وم يابى 188 ويحيى ص 118 وم ص 85.

نص خليل
وَوَرِثَ عَلَى الْفَرَائِضِ وَفِي الْجِرَاحِ حُكُومَةٌ بِنِسْبَةِ نُقْصَانِ الْجَنَائِيَةِ إِذَا بَرِئَ مِنْ قِيَمَتِهِ عَبْدًا فَرَضًا مِنْ الدِّيَّةِ.

متن الخطاب
تنبيهه: إذا كان الجاني هو الأب فتجب عليه الغرة ولا يرث منها. قاله في الديات من المدونة، ونصه: ولو ضرب الأب بطن امرأته فألقت جنينا ميتا فلا يرث الأب من دية الجنين شيئا ولا يحجب ويرثها من سواه. اهـ. وقال الجزولي في شرح الرسالة: وكذلك الأم إذا كانت هي التي أسقطت مثل أن تشرب ما يعلم أنه يسقط به الجنين فإن الغرة تجب عليها ولا ترثها، وأما إن شربت دواء مما لا يعلم [أنه يسقط¹⁶⁷³] به الجنين، فكان ذلك سبب سقوطه فلا غرة عليها، وكذلك الطبيب إذا سقاها وكانت الأدوية مما يعلم أنه يسقط به الجنين فعليه الغرة، وإن كان مما يعلم أنه لا يسقط به فلا غرة عليه. انتهى بلفظه.

وقال في رسم [العقول¹⁶⁷⁴] من سماع أشهب من كتاب الديات: وسئل مالك عن المرأة تشرب الدواء وهي حامل فيسقط ولدها أترى عليها شيئا؟ قال: ما أرى به بأسا إذا كان دواء يشبه السلامة فليس به بأس¹⁶⁷⁵ إن شاء الله، قد يركب الإنسان الدابة فتصرعه، وقد كوى رسول الله صلى الله عليه وسلم [أسعد¹⁶⁷⁵] فمات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {بئس الميت [ليهود¹⁶⁷⁶] [يقول¹⁶⁷⁷] يفتنون به ويقولون لم يغن عنه صاحبه¹}، قال ابن رشد هذا بين على ما قاله، وهو على قياس ما تقدم في رسم البز من سماع ابن القاسم في الصبي الذي تسقيه أمه الدواء فيشربه فيموت. اهـ.

وقال في المسائل الملقوطة في الحامل تشرب داء فتلقي جنينها: ذكر ابن حبيب عن قتادة أن عليها عتق رقبة، وقال فضل بن مسلمة قد قيل لا شيء عليها إذا كان دواء مأمونا، وهو مذهب أصحابنا. اهـ. وذكرها ابن فرحون في الفصل التاسع من القسم الثالث من تبصرته، وقال في مفيد الحكام: وإذا شربت المرأة دواء فألقت جنينا ميتا لم تكن للغرة ضامنة. اهـ. يريد إذا كان دواء مأمونا كما تقدم في كلام غيره. والله أعلم. وسيأتي عند قول المصنف: "وعلى القاتل الخ" وانظر كتاب الديات من المدونة في باب ما أصاب النائم والنائمة.

ص: وفي الجراح حكومة ش: قال في الرسالة: وما برىء على غير شين مما دون الموضحة فلا شيء/ فيه. قال الجزولي: انظر أجرة الطبيب وثمان الزرايع قيل على الجاني، وقيل لا شيء عليه وهو ظاهر الكتاب، وقال الفاكهاني: ظاهر الرسالة أنه لا يعطى أجرة الأدوية، ولم يقل به مالك، وقيل يعطى ما أنفق من الأدوية. قاله الفقهاء السبعة. قال ابن ناجي: أراد الفاكهاني بقوله ولم يقل به مالك أي لم يقل بأن الأجرة له، بل قال مثل ظاهر كلام المصنف، [إذ قيل¹⁶⁷⁸] له من انكسر فخذه

259

1- ببس الميت لليهود مرتين سيقولون لولا دفع عن صاحبه ولا أملك له ضرا ولا نفعا ولا تمحلن له فأمر به وكوي بخطين فوق رأسه فمات، مسند أحمد، ج 4 ص 138.

الحديث

1673 - في المطبوع ويحيى ص 462 أنه لا يسقط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 255 وم ص 85 (وما يابى 188 ما يعلم أنه يسقط).

1674 - في المطبوع العقود وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل ج 15 ص 469.

1675 - في المطبوع سعدا وما بين المعقوفين من مسند أحمد، ط. دار الفكر ج 4 ص 132.

1676 - في المطبوع ويم ص 102 وم ص 86 يهود وما بين المعقوفين من ن عدود ص 258 ويحيى ص 118 وما يابى 189 ولفظ البيان ببس الميت لليهود يفتنون به يقولون ج 15 ص 469.

1677 - في المطبوع تقول وما يابى 189 ويم ص 102 وم ص 86 ويحيى 462 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 258

1678 - في المطبوع إذا قيل وما بين المعقوفين من م 86 ويحيى 462 وسيد 36.

كَجَنَيْنِ الْبَهِيمَةِ إِلَّا الْجَائِفَةَ وَالْآمَةَ فَثَلُثُ وَالْمُوضِحَةَ فَنِصْفُ عَشْرٍ وَالْمُنْقَلَةَ وَالْهَاشِمَةَ فَعَشْرٌ وَنِصْفُهُ وَإِنْ بَشَيْنَ فِيهِنَّ إِنْ كُنَّ بِرَأْسٍ أَوْ لَحْيٍ أَعْلَى.

نص خليل

ثم جبرت مستوية أله ما أنفق في علاجه؟ قال: ما علمته من أمر الناس، أرأيت إن برىء على شين أ يكون له قيمة الشين وما أنفق في علاجه؟ اهـ. وقال أبو الحسن: قال ابن يونس قال مالك وليس أجر الطبيب بأمر معلوم معمول به ثم ذكر ما تقدم، وقال بعده ابن رشد: وقال الفقهاء السبعة فيما دون الموضحة من جراح الخطأ أجر المداوي صح من المقدمات هنا، وقال ابن الحاجب هذا. قال مالك: ما علمت أجر الطبيب من أمر الناس. ذكره قبل الكلام على الأعضاء [المقدرة،¹⁶⁷⁹] وذكر المصنف في آخر باب الغصب في ذلك قولين.

متن الخطاب

ص: كجنين البهيمه ش: قال في المسائل الملقطة لما ذكر المسائل التي انفرد بها مالك، ولم يتابعه عليها أحد من فقهاء الأمصار: من ضرب بطن بهيمة فألقت جنينا ميتا فعليه عشر قيمة أمه. اهـ. وما قاله خلاف ما قاله المصنف من أنه إنما فيه قيمة ما نقصها، وما قاله المصنف هو الذي يقوله أهل المذهب.

ص: وإن بشين فيهن ش: الضمير للجائفة والآمة والمنقلة والهاشمة والموضحة، ومعناه أنه إذا حصل بسبب واحد من هذه الجراحات شين فإنه لا يزداد على المقدر فيها شيء لأجل الشين، ولم يذكروا خلافا في اندراج شين غير الموضحة، واختلف في اندراج شين الموضحة على ثلاثة أقوال: الأول يندرج، وهو ظاهر كلامه هنا، [وعزاه¹⁶⁸⁰] في التوضيح لأشهب، وهو ظاهر إلحاقها لها ببقية أخواتها، والثاني أنه يزداد لأجل الشين، سواء كان قليلا أو كثيرا [وعزاه¹⁶⁸¹] في التوضيح لابن زرقون، وهو مذهب المدونة قال فيها: وموضحة الوجه والرأس إذا برئت على شين زيد في عقله بقدر الشين. اهـ. والثالث روى ابن نافع عن مالك إن كان أمرا منكرا زيد له وإلا فلا. اهـ من التوضيح. وقال الشيخ زروق: في الموضحة إذا برئت على شين ثلاثة مشهورها قول مالك وابن القاسم أنه يزداد على ديتهما بقدر الشين. انتهى.

ص: [وفي اليدين¹⁶⁸²] ش: قال ابن ناجي: والدية كاملة في مجموع اليدين سواء قطعت الأصابع خاصة، أو قطعت مع الكف، أو مع الذراع أو قطعت اليدين من المنكبين، [وهذا¹⁶⁸³] الذي قلناه هو قول مالك من رواية أشهب، ولو قطع كف وليس فيها إلا أصبع واحدة فله دية الأصبع، واستحسن ابن القاسم في الكف حكومة. قال أشهب لا شيء له¹⁶⁸⁴ في الكف إذا ما بقي شيء له دية، واتفقوا إذا بقي الكف خاصة ففيها حكومة، وأنه إن لم يذهب له إلا أصبع واحد فلا شيء له فيما بقي من

الحديث

1679 - في المطبوع المقررة وما بين المعقوفين من م 86 ويحيى 462 وسيد 36 ومايaby 189.

1680 - في المطبوع وعزوه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 259 ويحيى ص 118 ويم ص 102 وم ص 86 ومايaby 189.

1681 - في المطبوع وعزوه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 259 ويحيى ص 118 وم ص 86 ومايaby 189.

1682 - عدود مقدم عن محله من المتن موافق لنسخة مايaby 189.

1683 - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من م 86 ويحيى 463 وسيد 36 ويم 123 ومايaby 189.

1684 - في م 85 ويحيى 462 وسيد 36 ومايaby 188 ويم 123 فلا شيء لهم ص 259.

وَالْأَفْلَاقَ تَقْدِيرَ وَتَعَدُّدَ الْوَاجِبِ بِجَائِفَةٍ نَفَذَتْ كَتَعَدُّدِ الْمَوْضِحَةِ وَالْمُنْقَلَةِ وَالْآمَةِ إِنْ لَمْ تَتَّصِلْ وَإِلَّا فَلَا وَإِنْ يَغُورُ فِي ضَرْبَاتِ الدِّيَةِ فِي الْعَقْلِ أَوْ السَّمْعِ أَوْ الْبَصَرِ أَوْ النُّطْقِ أَوْ الصَّوْتِ أَوْ الذُّوقِ أَوْ قُوَّةِ الْجَمَاعِ أَوْ نَسْلِهِ أَوْ تَجْذِيمِهِ أَوْ تَبْرِيصِهِ أَوْ تَسْوِيدِهِ أَوْ قِيَامِهِ وَجُلُوسِهِ وَالْأَذْنَيْنِ أَوْ الشَّوَى أَوْ الْعَيْنَيْنِ أَوْ عَيْنِ الْأَعْوَرِ لِلْسُّنَةِ بِخِلَافِ كُلِّ زَوْجٍ فَإِنْ فِي أَحَدِهِمَا نِصْفُهُ وَفِي الْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ وَمَارِنَ الْأَنْفِ وَالْحَشْفَةِ وَفِي بَعْضِهِمَا بِحِسَابِهَا مِنْهُمَا لَا مِنْ أَصْلِهِ وَفِي الْأُتُنَيْنِ مُطْلَقًا وَفِي ذَكَرِ الْعَيْنِ قَوْلَانِ وَفِي شَفْرِي الْمَرْأَةِ إِنْ بَدَأَ الْعَظْمُ وَفِي ثُدْيَتَيْهَا أَوْ حَلَمَتَيْهَا إِنْ بَطَلَ اللَّبَنُ وَاسْتَوْنِي بِالصَّغِيرَةِ وَسِنَّ الصَّغِيرِ الَّذِي لَمْ يُتَغَرَّ لِلْإِيَّاسِ كَالْقَوْدِ وَإِلَّا أَنْتَظِرَ سَنَةً.

نص خليل

الكف، واختلفوا فيما بين ذلك، فجعل ابن القاسم الأصبع قليلا كما لو لم يبق فيها شيء وجعل أشهب وجودها مانعا من أخذ الحكومة، ووافقه على ذلك سحنون، وقاله ابن القاسم في الأصبعين وجعل عبد الملك الثلاثة من حيز القليل، فله في الكف عنده بحساب ما ذهب من الأصابع، وقال المغيرة إذا ذهب منها أصبعان ثم قطع الكف بعد ذلك فإن أخذ في الأصبعين عقلا أو قودا فله عقل/ ثلاثة أصابع ولا حكومة له. اهـ.

متن الخطاب

260

وقال في المدونة في أواخر كتاب الجراح: إذا ذهبت أصبع من الكف بأمر من الله سبحانه [أو¹⁶⁸⁵] بجناية وقع فيها قصاص أو عقل، ثم أصيبت الكف خطأ ففيها أربعة أخماس الدية، ولو ذهبت منها أنملة [قد¹⁶⁸⁶] اقتص منها لقُوصَصَ بها في دية الكف، ومن قطع كفا خطأ وقد ذهب بعض أصابعها فإنما عليه بحساب ما بقي من الأصابع في الكف، وإن لم يبق في الكف إلا أصبع واحدة فعليه في الأصبع ديتها، واستحسن في الكف حكومة، ومن قطع كف رجل عمدا وقد ذهب منها أصبعان أو ثلاثة بأمر من الله عز وجل أو بجناية [وقع¹⁶⁸⁷] فيها قصاص أو عقل لم يقتص منه، ولكن عليه العقل في ماله ولو ذهب منها أصبع واحدة قطعت يده قصاصا، سواء كانت الإبهام المقطوعة أو غيرها. انتهى.

ص: والقيمة للعبد كالدية ش: قال في أوائل كتاب الديات من المدونة: وفي مأمومة العبد وجائفته في كل واحدة ثلث قيمته، وفي منقلته عشر قيمته ونصف عشر قيمته، وفي/ موضحته نصف عشر قيمته وفيما سوى ذلك من جراحاته ما نقصه بعد برئه. اهـ. فإن برئت الجراحات المذكورة على شين فاختلف هل يزداد لأجل الشين، أو لا يزداد ويكون الواجب فيها حينئذ ما نقصه؟ في ذلك ثلاثة أقوال ذكرها في المقدمات، وانظر الشيخ أبا الحسن. والله أعلم.

261

ص: وسن لصغير لم يتغر للإيَّاس كالقود وإلا انتظر سنة ش: يعني أن سن الصغير إذا قلعت قبل الإثغار خطأ أو عمدا لم يعجل فيها القود ولا الدية حتى يؤيس من نباتها، فقلوه كالقود تشبيه لإفادة الحكم، وقيد اللخمي وقف العقل بغير المأمون، وأما الجاني المأمون فلا يوقف، وظاهر قوله أنه يوقف جميع عقلهن وهو كذلك خلافا لسحنون، وقوله: "وإلا انتظر سنة" قال ابن عبد السلام في

الحديث

1685 - في المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 259 ويحيى ص 119 ويم ص 102 وم ص 86 وما يابى 190.

1686 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ما يابى 190.

1687 - في المطبوع وما يابى 190 وقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 260 ويحيى ص 119 وم ص 86 ويم ص 123.

نص خليل

وَسَقَطَا إِنْ عَادَتْ وَوَرَّثَا إِنْ مَاتَ وَفِي عَوْدِ السِّنِّ أَصْغَرَ بِحِسَابِهَا وَجُرِبَ الْعَقْلُ بِالْخَلَوَاتِ وَالسَّمْعُ بِأَنْ يُصَاحَ مِنْ أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ مَعَ سَدِّ الصَّحِيحَةِ وَتُسَبَّبَ لِسَمْعِهِ الْآخَرُ وَإِلَّا فَسَمْعٌ وَسَطٌ وَلَهُ نِسْبَتُهُ إِنْ حَلَفَ وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ وَإِلَّا فَهَدَّرَ وَالْبَصَرُ بِإِعْلَاقِ الصَّحِيحَةِ كَذَلِكَ وَالشَّمُّ بِرَائِحَةِ حَادَّةٍ وَالنُّطْقُ بِالْكَلَامِ اجْتِهَادًا وَالذُّوقُ بِالْمَقَرِّ وَصَدَّقَ مُدْعَى ذَهَابِ الْجَمِيعِ بِيَمِينٍ وَالضَّعِيفُ مِنْ عَيْنٍ وَرَجُلٍ وَنَحْوِهِمَا خِلْفَةٌ كَغَيْرِهِ وَكَذَا الْمَجْنِيُّ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ يَأْخُذْ لَهَا عَقْلًا وَفِي لِسَانِ النَّاطِقِ وَإِنْ لَمْ يَمْنَعْ النُّطْقَ مَا قَطَعَهُ فَحُكْمُهُ كَلِسَانِ الْأَخْرَسِ وَالْيَدِ الشَّلَاءِ وَالسَّاعِدِ وَالْيَتِي الْمَرَاةَ وَسِنَّ مُضْطَرِبَةٍ جِدًّا وَعَسِيبَ ذَكَرٍ بَعْدَ الْحَشْفَةِ وَحَاجِبٍ أَوْ هُدْبٍ وَظَفَرٍ وَفِيهِ الْقِصَاصُ وَإِفْضَاءٌ وَلَا يَنْدَرُجُ تَحْتَ مَهْرٍ بِخِلَافِ الْبَكَارَةِ إِلَّا بِأَصْبَعِهِ وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ عَشْرٌ وَالْأَنْمَلَةُ ثَلَاثَةٌ إِلَّا فِي الْإِبْهَامِ فَيَصْفُهُ وَفِي الْأَصْبَعِ الزَّائِدَةُ الْقَوِيَّةُ عَشْرٌ إِنْ انْفَرَدَتْ.

متن الحطاب شرح قول ابن الحاجب: "ولا انتظر بها سنة": يعني أنه إذا جاوز السن [الذي ينبت¹⁶⁸⁸] فيه

ولم تنقُضْ سنة انتظرت بقية السنة ووجبت الدية في الخطأ والقصاص في العمد. انتهى. وانظر ضبط يثغر والإثغار في التوضيح.

ص: وسقط إن عادت ش: يعني أنه إذا عادت سن الصغير سقط القود والعقل، وأما الكبير إذا قضى

له بعقل/ سنه ثم [عاد¹⁶⁸⁹] أو أذنه ثم عادت بعد الحكم فلا يرد شيئا اتفاقا، وإن [ردتا قبل¹⁶⁹⁰]

الحكم وعادتا ففي ذلك ثلاثة أقوال، ومذهب المدونة أنه يقضى بالعقل [فيهما¹⁶⁹¹]، وأما القود في

العمد فلا خلاف في أنه يقاد منه ولو عادت السن أو الأذن. [قاله¹⁶⁹²] في البيان، ونقله ابن عرفة

قبل الكلام على الأحق بالدم، ونقله في التوضيح. والله أعلم.

فرع: فإن قلعت سن الصغير بعد الإثغار ونباتها أخذ الدية معجلة. نقله ابن عرفة. / وغيره

ص: بخلاف البكارة ش: أي فإنها تندرج تحت المهر، فإذا وطئ بكرا أو افتضاها غصبا فعليه

صداقها كما صرح به في النوار في كتاب الزنا، وهو معنى قول ابن الحاجب هنا والزواج وغيره سواء،

وأظنه في المدونة.

ص: إلا بأصبعه ش: يعني إلا إذا أزال البكارة بأصبعه فإنها لا تندرج في المهر. قال ابن رشد في

سماع سحنون من كتاب النكاح: إذا فعل ذلك بغير زوجته فلا خلاف أن عليه ما شأنها عند الأزواج

مع الأدب، فأما إذا فعل ذلك بزوجه فقال ها هنا لا شيء عليه؛ معناه أنه ليس عليه أدب إلا ما

شأنها به إن أمسكها ولم يطلقها، ولا يجب عليه بذلك جميع صداقها إن طلقها قبل أن يمسه؛ يريد

ويكون عليه إن فعل ذلك ما شأنها فعله عند غيره من الأزواج، وفي سماع أصبغ من ابن القاسم أن

الحديث

1688 - في المطبوع ويحيى ص119 ويم ص103 وم ص86 الذي لا ينبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 ومايبي190.

1689 - هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع عادت وهو الذي في مايبي190 ويحيى463 ويم103 وم86.

1690 - في المطبوع ردتا منه قبل (ويم ص103 ردت قبل الحكم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 ويحيى ص463 وم ص86 ومايبي190.

1691 - في المطبوع فيها (ويم ص103 يقضى فيها) وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 ويحيى ص463 وم ص86 ومايبي190.

1692 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص262 ويحيى ص463 وم ص86 ويم ص103 ومايبي190.

نص خليل

وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ وَإِنْ سَوْدَاءَ يَقْلَعُ أَوْ اسْوَدَّادٍ أَوْ بِهِمَا أَوْ بِحُمْرَةٍ أَوْ بِصُفْرَةٍ إِنْ كَانَا عُرْفًا كَالسَّوَادِ أَوْ بِاضْطِرَابِهَا جِدًّا وَإِنْ ثَبَّتَتْ لِكَبِيرٍ قَبْلَ أَخْذِ عَقْلِهَا أَخَذَهُ كَالْجِرَاحَاتِ الْأَرْبَعِ وَرَدَّ فِي عَوْدِ الْبَصَرِ وَقُوَّةِ الْجَمَاعِ وَمَنْفَعَةِ اللَّبَنِ وَفِي الْأُذُنِ إِنْ ثَبَّتَتْ تَأْوِيلَانِ وَتَعَدَّدَتِ الدِّيَّةُ بِتَعَدُّدِهَا إِلَّا الْمَنْفَعَةُ بِمَحَلِّهَا وَسَاوَتْ الْمَرْأَةَ الرَّجُلَ لِثَلَاثِ دِيَّتَيْهِ فَتَرْجِعُ لِذِيَّتَيْهَا وَضُمَّ مُتَّحِدُ الْفِعْلِ أَوْ فِي حُكْمِهِ أَوْ الْمَحَلِّ فِي الْأَصَابِعِ لَا الْأَسْنَانَ وَالْمَوَاضِحَ وَالْمَنَاقِلَ وَعَمْدٌ لِخَطَا وَإِنْ عَفَتْ وَتُجِمَّتْ دِيَّةُ الْحُرِّ الْخَطَا بِلَا اعْتِرَافٍ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَالْجَانِي.

متن الخطاب

ذلك من الزوج كالوطء يجب به جميع الصداق، وقال أصبغ القياس أنه في الأصبع وغيره سواء؛ يريد أنه يجب عليه بذلك إن طلقها قبل أن يمسه ما شأنها به عند غيره من الأزواج لا في وجوب الأدب، فقول أصبغ في سماعه مثل قول ابن القاسم هنا. انتهى.

وقال ابن شاس: لو أزال بكارة زوجته بأصبعه ثم طلقها فعليه قدر ما شأنها مع نصف الصداق وينظر ما شأنها عند الأزواج في [حالها]¹⁶⁹³ وجمالها. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو أزال البكارة بأصبعه فحكومة. قال في التوضيح: فعلى الزوج حكومة، وعليه نصف الصداق إن طلق وهو القياس عند أصبغ ولابن القاسم لها الصداق كاملاً. انتهى. وظاهره أن الحكمة تجب على الزوج ولو لم يطلق، وهو خلاف ما تقدم عن ابن رشد فيقيد كلام التوضيح بأن ذلك بعد الطلاق، وكلام ابن الحاجب بعده يقوي الإبهام؛ لأنه قال بعده: والزوج وغيره فيهما سواء. قال في التوضيح: أي في الإفضاء والبكارة [قوله]¹⁶⁹⁴ سواء؛ أي في لزوم الدية والحكومة على القولين في الإفضاء ولزوم الحكومة في البكارة. انتهى. فيقيد كلامه بكلام ابن رشد، وانظر المسألة أيضاً في رسم الرطب باليابس من سماع ابن القاسم من كتاب الجنایات.

264

ص: وفي كل سن خمس من الإبل ش: قال في المتبعية: في كل سن خمس من الإبل وهي خمسون ديناراً على أهل الذهب وستمائة درهم على أهل الورق.

فرع: إذا أخذت دية السن أو الأصابع والجراح من الإبل فتؤخذ مخمسة من الأصناف الخمسة بنات المخاض وبنات اللبون وبنو اللبون والحقات والجذعات. قاله في النواذر.

ص: [أو اسوداد]¹⁶⁹⁵ ش: فإن انقلعت ففيها دية أخرى. قاله في التوضيح فانظره.

ص: فإن ثبتت لكبير ش: أي فإن ثبتت سن الكبير بعد قلعها وقبل أن يأخذ عقلها فإنه يأخذ العقل، وهذا إذا قلعت السن وأما لو اضطربت جدا ثم ثبتت فإنه لا شيء فيها كما يفهم ذلك من كلام التوضيح في شرح/ قول ابن الحاجب: واشتداد اضطرابها فيمن لا يرجى كقلعها، فإنه قال: قال ابن القاسم: ويستأنى بها سنة. اهـ.

265

ص: على العاقلة والجاني ش: ما ذكره من دخول الجاني هو المشهور، وقيل لا يدخل. ابن عرفة:

الحديث

1693 - في المطبوع ما لها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 263 ويحيى ص 119 وم ص 86 ويم ص 103 وما يابى 190.

1694 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 263 ويحيى ص 119 وما يابى 191.

1695 - في المطبوع واسوداد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 264 ويحيى ص 120 وم ص 87 ويم ص 103 وما يابى 191.

نص خليل إن بَلَغَ ثَلَاثَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْ الْجَانِي وَمَا لَمْ يَبْلُغْ فَحَالٌ عَلَيْهِ كَعَمْدٍ.

متن الخطاب وعليه إن لم تكن عاقلة تسقط الجنائية، وعلى الأول إن لم يجد من يعينه فيها عادت عليه، وقيل على بيت المال فإن لم يكن أو عسر تناولها كانت عليه. انتهى. والقول الثاني من هذين القولين الفرعين على الأول [هو¹⁶⁹⁶] الجاري على كلام المؤلف. والله أعلم. فرع: لا تحمل العاقلة جناية العبد. قال في التوضيح: لأنه إن جنى عمدا اقتصر منه، وإن جنى خطأ ففي رقبته. انتهى. وكذا لا تعقل العاقلة من قتل نفسه، وكذلك الصلح. قال في التوضيح: لأنه إن كان عما يلزم العاقلة من دية الخطأ فمن حق العاقلة أن ترده إن شاءت، وإن كان عن عمد فلا يلزمها الأصل ولا الفرع. انتهى.

ص: إن بلغ ثلث دية المجني عليه أو الجاني ش: هذا هو المشهور. قال في التوضيح: وحكى اللخمي عن أشهب أن العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث. انتهى. وفهم من هذا الشرط أن الغرة لا تحملها العاقلة وهو المشهور. قال ابن الحاجب: في مال الجاني. قال في التوضيح: هذا مذهب المدونة، وروى أبو الفرج أن العاقلة تحملها لأنها دية شخص قائم بنفسه، والأول يقيد بأن لا [تكون¹⁶⁹⁷] ثلث دية الجاني ففي المدونة: وإن ضرب/ مجوسي أو مجوسية بطن مسلمة خطأ فألقت جنينا ميتا حمله عاقلة الضارب. انتهى.

266

فرع: لو جنى عليه مالا تحمله العاقلة فسرى إلى ما تحمله حملت الجميع. قال ابن الحاجب: ولو شجه موضحة خطأ فذهب سمعه وعقله فديتان ونصف عشر على العاقلة، وكذلك لو شجه موضحة ومأمومة بضربة واحدة. قال في التوضيح: نحوه في المدونة، [وهو¹⁶⁹⁸] ظاهر على مذهب مالك الذي يرى العقل في القلب، وأما على قول عبد الملك فإذا كانت الموضحة في [اللقي¹⁶⁹⁹] الأعلى من الوجه سقطت دية الموضحة. اهـ. لأنه يرى أن محل العقل الرأس [فتسقط¹⁷⁰⁰] دية الموضحة لاندراجها في دية العقل لاتحاد المحل، وكلام المؤلف مخالف لكلام ابن عبد السلام؛ إذ قال ما نصه: هذا ظاهر على قول من يرى أن محل العقل القلب، أما من يراه الدماغ فينظر في الموضحة فإن كانت في الفك الأعلى من الوجه فكذلك، وإن كانت في الدماغ فيستغنى بدية العقل عن دية الموضحة، وليس مراد المؤلف هنا تحقيق هذا المعنى، وإنما مراده أن الضربة الواحدة إذا كان عنها جرحان أو جراحتان يقصر بعضها عن ثلث الدية، وكان في المجموع ما يبلغ ثلث الدية فأكثر أن العاقلة تحمله، ولهذا عقب هذا الكلام بقوله: "وكذا لو شجه موضحة". انتهى.

قال في آخر كتاب الجراح من المدونة: ومن شج رجلا ثلاث مأمومات في ضربة واحدة ففيها الدية كاملة، وإن شجه ثلاث منقلات في ضربة واحدة حملته العاقلة؛ لأن هذا يبلغ أكثر من الثلث، وإن كان ذلك في ثلاث ضربات كان ضربا متتابعا لم يقلع عنه فهو كضربة واحدة تحمله العاقلة، وإن كان

الحديث

1696 - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن ذي ص 265 وما يابى 191 وم 87 ويحيى 464 ويم 124.

1697 * - في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من ن ذي ص 265.

1698 * - في المطبوع هو وما بين المعقوفين من م 87 ويحيى 164 وسيد 36 وما يابى 191.

1699 - في المطبوع اللحم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 266 ويحيى ص 121 وم ص 87 ويم ص 103 وما يابى 191.

1700 - في المطبوع تسقط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 266 ويحيى 121 ويم 103 وم 87.

نص خليل
وَدِيَّةٌ غُلِّظَتْ وَسَاقِطٌ لِعَدَمِهِ إِلَّا مَا لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ مِنَ الْجُرْحِ لِإِتْلَافِهِ فَعَلَيْهَا وَهِيَ الْعَصَبَةُ وَبُدِيٌّ بِالْدِّيَوَانِ
إِنْ أَعْطُوا ثُمَّ بِهَا الْأَقْرَبُ فَلَا اقْرَبُ ثُمَّ الْمَوَالِي الْأَعْلَوْنَ ثُمَّ الْأَسْفَلُونَ.

متن الخطاب
مفرقا في غير فور واحد لم تحمله العاقلة. انتهى. ثم قال في التوضيح: واحتترز بقوله خطأ مما لو كانت عمدا فإنه يقتص له من الموضحة، فإن ذهب عقل المقتص منه وسمعه فواضح، وإن لم يذهب ذلك فدية ذلك في مال الجاني، وقوله: "بضربة واحدة" احتراز من ضربتين فإن العاقلة لا تحمل الموضحة حينئذ لأنها دون الثلث. انتهى.

ص: ودية غلظت ش: قال في المسائل الملقوطة: الدية المغلظة تكون في شبه العمد، وهو ضرب الزوج والمؤدب والأب في ولده والأم والأجداد، وفعل الطيب والخاتن وهو كل من جاز فعله شرعا، وقيل اللطمة والوكزة والرمية بالحجر والضرب [بعضا¹⁷⁰¹] متعمدا فهذا شبه العمد لا يقتص منه، وتكون فيه دية مغلظة. انتهى.

ص: ثم بها الأقرب فالأقرب ش: قال ابن الحاجب: ويبدأ بالفخذ ثم البطن ثم العمارة ثم الفصيلة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل.

فائدة: أسماء طبقات قبائل العرب ستة الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم [البطن¹⁷⁰²] ثم الفخذ ثم الفصيلة، وزاد بعضهم العشيرة، فالشعب بالفتح كما قاله في القاموس والقرطبي في تفسيره مأخوذ من شعب الرأس بالفتح أيضا، وهو شأنه الذي يضم قبائله كما قاله في الصحاح، والشأن واحد الشؤون وهو تواصل قبائل الرأس وملتقاها ومنها تجيء الدموع. قاله في الصحاح. والقبيلة مأخوذة من قبائل الرأس.

قال في الصحاح: [وهي¹⁷⁰³] العظام المتشعب بعضها إلى بعض يصل [بينها¹⁷⁰⁴] الشؤون وبها سميت قبائل العرب، والواحدة قبيلة وهم بنو أب واحد، والقبيل الجماعة تكون من الثلاثة فصاعدا من قوم شتى مثل الروم والزنج والعرب، والجمع قبيل، وقوله سبحانه: ﴿وحشرنا عليهم كل شيء قبلا﴾ وقال الأخفش قبيلة قبيلة، وقال الحسن عيانا. انتهى. وقبائل الرأس أربع قطع الشعب بالفتح من الأضداد. قاله/ القرطبي.

وقال في الصحاح: والشعب الصدع في الشيء، وإصلاحه أيضا الشعب، ومصلحه الشباب، والآلة مشعب. انتهى. وقيل سميت قبائل لتقابل الأنساب فيها، والعمارة بالفتح وقد تكسر. قاله في القاموس. مأخوذة من عمارة الإنسان وهو صدره لأنه موضع القلب، وهو عمارة الجسد، والبطن لأن [بطن¹⁷⁰⁵] الإنسان تحت صدره والفخذ كذلك، والفصيلة قال في الذخيرة: وهو ما تحت الفخذ لأن

267

الحديث

1701 - في المطبوع وم 87 يم 125 بعصاة وما بين المعقوفين من ن ذي ويحيى 464.
1702 - في المطبوع ثم الفخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 266 ويحيى ص 121 وم ص 87 ويم ص 104 وما يابى 192.
1703 - في المطبوع وما يابى 192 وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 266 ويحيى ص 121 وم ص 87 ويم ص 104.
1704 - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من ن ذي ص 266 مت 125 مك 87 يحيى 464.
1705 - في المطبوع بطون وما بين المعقوفين من ن ذي ص 267 ويحيى ص 121 وم ص 87 ويم ص 104 وما يابى 192.

نص خليل

ثُمَّ بَيْتُ الْمَالِ إِنْ كَانَ الْجَانِي مُسْلِمًا وَإِلَّا فَالْذَّمِّيُّ ذُو دِينِهِ وَضَمَّ كَكُورٍ مِصْرَ وَالصُّلْحِيُّ أَهْلُ صُلْحِهِ وَضُرِبَ عَلَى كُلِّ مَا لَا يَضُرُّ وَعُقِلَ عَنْ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَأَمْرَأَةٍ وَفَقِيرٍ وَغَارِمٍ وَلَا يَعْقُلُونَ وَالْمُعْتَبَرُ وَقْتُ الضَّرْبِ لَا إِنْ قَدِمَ غَائِبٌ وَلَا يَسْقُطُ لِعُسْرِهِ أَوْ مَوْتِهِ وَلَا دُخُولُ لِبَدَوِيٍّ مَعَ حَضْرِيٍّ وَلَا شَامِيٍّ مَعَ مِصْرِيٍّ مُطْلَقًا الْكَامِلَةُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ تَحِلُّ بِأَوَاخِرِهَا مِنْ يَوْمِ الْحُكْمِ وَالثَّلَاثُ وَالثَّلَاثَانُ بِالنَّسْبَةِ وَتُجِمُّ فِي النُّصْفِ وَالثَّلَاثَةُ الْأَرْبَاعُ بِالتَّثْلِيثِ ثُمَّ لِلزَّائِدِ سَنَةٌ وَحُكْمٌ مَا وَجَبَ عَلَى عَوَاقِلِ بَيْعَانِيَّةٍ وَاحِدَةٍ كَحُكْمِ الْوَاحِدَةِ كَتَعَدُّ الْجَنَائِيَّاتِ عَلَيْهَا وَهَلْ حَدُّهَا سَبْعُمِائَةٍ أَوْ الزَّائِدُ عَلَى أَلْفٍ قَوْلَانِ.

به [ينفصل¹⁷⁰⁶] خلقه من غيره وينقطع آخره. انتهى. فهذا هو الترتيب المعروف، وقال في الصحاح: الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فقدم الفصيلة. قال في الذخيرة: فخالف غيره، مع أنه [قد¹⁷⁰⁷] قال في باب اللام: إن فصيلة الرجل رهطه [الأذنون،¹⁷⁰⁸] والرهط قبيلة الرجل وقومه التي تنصره. قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ لَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ﴾ انتهى. وعلى ما ذكره الجوهري تكون الفصيلة كالعنق من الإنسان، لأنه يفصل بين الرأس والجسد. قاله في الذخيرة. فخرزمة شعب كنانة قبيلة، وقريش عمارة قصي بطن هاشم فخذ العباس فصيلة العشيرة الإخوة. والله أعلم. / وقد نظم ذلك بعضهم فقال:

متن الخطاب

268

[عددا في الجزاء¹⁷⁰⁹] ثم القبيلة
والفخذ بعدها والفصيلة
هي في جنب من ذكرنا قليله

اقصد الشعب فهو أكبر حي
ثم يتلوها العماره ثم البطن
ثم من بعدها العشيرة لكن
وقال آخر:

عمارة ثم بطن [تلوها فخذ¹⁷¹⁰
ولا [سداد لسهم ماله قذذ¹⁷¹¹]

قبيلة قبلها شعب وبعدهما
ليس يأوي الفتى إلا فصيلته

والشعب رؤوس القبائل مثل عدنان وقحطان والأوس والخزرج، والقبائل ما انقسمت فيها أنساب الشعب مثل ربعة ومضر، والعمارة ما انقسمت فيها أنساب القبيلة مثل كنانة وقريش، والبطن ما انقسمت فيها أنساب العمارة مثل عبد مناف وبنو مخزوم، والفخذ ما انقسمت فيه أنساب البطن مثل بني هاشم وبنو أمية، والفصيلة ما انقسمت فيها أنساب الفخذ مثل بني العباس وبنو أبي طالب. قال النووي في التهذيب عن الماوردي: فإذا تباعدت الأنساب صارت القبائل شعوبا والعمائر قبائل. انتهى. والعشيرة مثل أولاد العباس وأولاد أبي طالب بالنسبة إلى أنفسهم، وقيل الشعوب عرب اليمن مثل قحطان، والقبائل مثل ربعة ومضر، وقيل الشعوب بطون العجم، والقبائل بطون العرب. قال القشيري: وعلى هذا فالشعوب من لا يعرف لهم نسب كالسند والترك والقبائل من العرب، وعن ابن عباس الشعوب الموالي والقبائل العرب. والله أعلم.
ص: ثم بيت المال ش: ابن عرفة: روى محمد بن أسلم من لا قوم له فالمسلمون يعقلون عنه.

الحديث

1706 - في المطبوع يفصل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 267 ويحيى ص 121 وم ص 87 ويم ص 104 وما يابى 192.

1707 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 267.

1708 * - في المطبوع الأقربون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 267.

1709 - في المطبوع عدا في العدا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268 ويحيى ص 121 وم ص 87 ويم ص 104 وما يابى 193.

1710 - في المطبوع ويحيى ص 121 ويم ص 104 وم ص 87 والفخذ تليهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268 وما يابى 193 (والفخذ يتلها).

1711 - في المطبوع وما يابى 193 ولا شداد له إلا عشيرته ويحيى ص 122 وم ص 87 ويم ص 104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268.

نص خليل

وَعَلَى الْقَاتِلِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ وَإِنْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ شَرِيكًا إِذَا قَتَلَ مِثْلَهُ مَعْصُومًا خَطَأً عِنْتُ رَقَبَةٍ وَلِعَجَزَهَا شَهْرَانِ كَالظَّهَارِ لَا صَائِلًا وَقَاتِلَ نَفْسِهِ كَدَيْتِهِ وَتُدْبِتَ فِي جَنِينٍ وَرَقِيقٍ وَعَمْدٍ وَعَبْدٍ وَعَلَيْهِ مُطْلَقًا جَلْدُ مِائَةٍ وَحَبْسُ سَنَةٍ وَإِنْ يَقْتُلَ مَجْوسِيٍّ أَوْ عَبْدِهِ أَوْ تُكُولِ الْمُدْعِي عَلَى ذِي اللُّوْثِ وَحَلِيفِهِ.

متن الخطاب

اللخمي: إن كانت له عاقلة قليلة لم يكن فيها ما يحمل لقتلهم حمل عليهم ما يحملون والباقي على بيت المال. انتهى.

قلت: عزوه للشيخ ابن أبي زيد يقتضي أنه لم يقف عليه في المدونة، والمسألة في كتاب الولاء والمواريث من المدونة، ونصها: ومن أسلم من الذميين فعقلهم [وحرائر أموالهم¹⁷¹²] على بيت المال، ويرثهم المسلمون إن لم يكن لهم ورثة مسلمون يعرفون، وكذلك من أسلم من الأعاجم والبربر والسودان والقبط ولا موالي لهم فعقلهم على المسلمين وميراثهم لهم. انتهى. وفيها أيضا: وإذا كان عبد مسلم لقرشي وذمي فأعتقه معا فولاء حصة الذمي للمسلمين، ولو كان العبد نصرانيا فأعتقه معا ثم جنى جناية كان نصفها على بيت المال لا على المسلم؛ لأنه لا يرثه، ونصفها على أهل خراج الذمي الذين يؤدون معه الجزية، ولو أسلم العبد بعد العتق ثم جنى كانت حصة الذمي من جنايته على المسلمين دونهم؛ لأنهم ورثوا حصته والنصف على قوم القرشي. انظر بقية كلامه في المدونة وكلام أبي الحسن عليها وغيره.

ص: وعلى القاتل الحر ش: قال ابن فرحون في الفصل التاسع من القسم الثالث من التبصرة: فرع: لو سقت ولدها دواء فشرق فمات فلا شيء عليها، وكذا لو انقلبت على ولدها وهي نائمة فلا شيء عليها غير الكفارة. انتهى. ومسألة سقي الدواء ذكرها في العتبية في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الديات، ومسألة النائمة تنقلب على ولدها وهي نائمة فيموت ذكرها في المدونة في كتاب الديات في باب ما أصاب النائم والنائمة وزاد وديته على/ عاقلتها، ونصه: وإذا نامت امرأة على ولدها فقتلته فديته على عاقلتها وتعق رقبة. انتهى. وقال المشذلي في حاشيته عند قوله في كتاب الديات من المدونة: وإذا وجد قتيل في محلة قوم أو دارهم ولا يدري من قتله لم يؤخذ به أحد ويبطل دمه ولا يكون من بيت المال ولا غيره ما نصه: سئل ابن عبد السلام [عمن¹⁷¹³] نام مع زوجته في فراش واحد فأصبح الولد بينهما ميتا لا يدري أيهما رقد عليه فقال: لم أر فيها نصا، وعندي أنه هدر.

269

قلت: لشيخنا فما رأيكم فيها قال: كراي ابن عبد السلام ويؤخذ من قولها هنا. انتهى.

ص: أو نكول المدعي على ذي اللوث وحلفه ش:

فرع: قال ابن رشد في نوازل: إذا كان للوث شهود غير عدول [و¹⁷¹⁴] تعرف جرحتهم أو [تتوسم¹⁷¹⁵] فيهم الجرحه فلا اختلاف في أنه لا يجب على المشهود [عليه¹⁷¹⁶] بشهادتهم ضرب مائة سوط وسجن عام، وإنما يجب عليه بشهادتهم السجن الطويل رجاء أن يوجد عليه بينة عادلة، وأما

الحديث

¹⁷¹² - في م 88 وما يابى 193 ويحيى 465 وسيد 37 وجرائر مواليمهم.

¹⁷¹³ - في المطبوع من ويحيى ص 122 ويم ص 104 وم ص 88 وما بين المعقوفين من ن ز ص 269 وما يابى 194.

¹⁷¹⁴ - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن ذي ص 269 ويحيى ص 122 ويم ص 104 وم ص 88 وما يابى 194.

¹⁷¹⁵ * - في المطبوع تتوهم فيهم وما بين المعقوفين من م 88 وما يابى 194 ويحيى 465.

¹⁷¹⁶ * - في المطبوع عليهم وما بين المعقوفين من م 88 ويحيى 465 ويم 125 وسيد 37.

نص خليل

وَالْقَسَامَةُ سَبَبُهَا قَتْلُ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ فِي مَحَلِّ اللُّوْثِ كَأَن يَقُولَ بَالِغُ حُرٍّ مُسْلِمٍ قَتَلَنِي فُلَانٌ وَلَوْ خَطَا أَوْ
مَسْخُوطًا عَلَى وَرِعٍ أَوْ وَلَدٌ عَلَى وَالِدِهِ أَنَّهُ ذَبَحَهُ أَوْ زَوْجَةً عَلَى زَوْجِهَا إِنْ كَانَ جُرْحٌ أَوْ أَطْلَقَ وَبَيَّنُوا لَا
خَالَفُوا وَلَا يُقْبَلُ رَجُوعُهُمْ وَلَا إِنْ قَالَ بَعْضُ عَمَدًا وَبَعْضٌ لَا نَعْلَمُ أَوْ نَكَلُوا بِخِلَافِ ذِي الْخَطَا فَلَهُ
الْحَلْفُ وَأَخَذُ نَصِيْبِهِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِيهِمَا وَاسْتَوَوْا حَلَفَ كُلُّهُمَا وَلِلْجَمِيعِ دِيَّةٌ خَطَاً وَبَطَلٌ حَقُّ ذِي الْعَمْدِ
بُنْكَوْلٍ غَيْرِهِمْ وَكَشَاهِدَيْنِ بِجُرْحٍ أَوْ ضَرْبٍ مُطْلَقًا أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَقْتُولِ عَمْدًا أَوْ خَطَاً ثُمَّ يَتَأَخَّرُ الْمَوْتُ يُقْسِمُ
لِمَنْ ضَرَبَهُ مَاتَ أَوْ بِشَاهِدٍ بِذَلِكَ مُطْلَقًا إِنْ ثَبَتَ الْمَوْتُ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَقْتُولِ عَمْدًا كإِقْرَارِهِ مَعَ شَاهِدٍ مُطْلَقًا
أَوْ إِقْرَارِ الْقَاتِلِ فِي الْخَطَا فَقَطْ بِشَاهِدٍ وَإِنْ اخْتَلَفَ شَاهِدَاهُ بَطَلٌ وَكَالْعَدْلِ فَقَطْ فِي مُعَايَنَةِ الْقَتْلِ.

1717
متن الخطاب إن كانوا مجهولين لا يعرفون بجرحة ولا عدالة فيجب عليه الضرب والسجن [إن عفي عنه
قبل القسامة أو بعدها على القول بوجوب القسامة في ذلك، ولا يجب عليه ضرب مائة وسجن عام
على القول بسقوط القسامة مع ذلك، وقد اختلف في ذلك قول مالك، وأما إذا شهد شاهد عدل فلا
اختلاف في المذهب في وجوب القسامة بذلك، ولا في وجوب ضرب 1718 مائة وسجنه عاما إن عفا عنه
الأولياء قبل القسامة أو بعدها، ولا يجوز أن يضرب المدعى عليه الدم بالتهمة وإنما يحبس بها إذا
كان ممن يليق به التهمة الشهر ونحوه رجاء أن تقوم عليه بينة، وإن قويت عليه التهمة بما يشبه
عليه مما لم يتحقق تحقيقا يوجب القسامة حبس الحبس الطويل. قال ابن الحاجب: حتى يتبين
براءته أو يأتي عليه السنون الكثيرة. قال مالك: ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والتهمة حتى
إن أهله ليتمنون له الموت من طول السجن، فإن [اتهم وكان 1719] مجهول الحال حبس اليوم
واليومين والثلاثة، وإن لم يتهم وكان معروفا بالصلاح لم يحبس ولو يوما واحدا. انتهى.
فرع: قال ابن عرفة: وفي تقديم الضرب على السجن والتخيير في ذلك قولان لسماع عيسى عن ابن
القاسم، ونقله الباجي عن أشهب، ولم يحك ابن رشد غير ما في السماع. انتهى.
ص: والقسامة ش: قال ابن عرفة: القسامة حلف خمسين يمينا [أو جزئها 1720] على إثبات الدم،
وقال في التوضيح: قال في المشرق: القسامة ترديد الأيمان بين الحالفين. أشهب: القسامة سنة لا رأي
لأحد فيها، وكانت في الجاهلية فأقرها عليه الصلاة والسلام. / 270
ص: قتلني فلان ولو خطأ ش: قال الفاكهاني في شرح الرسالة: وأظنه ناقلا عن ابن يونس لو قيل
للمجروح من ضربك فقال لا أعرفه ولا أدري من ضربني. ثم قال بعد ذلك فلان فالتدمية باطلة.
271 انتهى. /

فرع: قال ابن رشد في نوازل في رجل، دمي على رجل ثم شهد شهود أنه [كان 1721] دمي على رجل
آخر قبله، وقال لما سئل عن ذلك إني خشيت أن يرجع إلي، فيتم على أن ذلك يبطل التدمية؛ لأن في
تدميته على غيره أولا إبراء له ولا يصدق في قوله أخاف أنه يتم علي؛ لأنه كمن أبرأ رجلا من حق ثم

الحديث

1717 - * في المطبوع إن عفي عنه وما بين المعقوفين من يحيى 465 وسيد 37 ومايaby 194.

1718 - * في يحيى 465 وسيد 37 ومايaby 194 وم 88 ويم 125 وجوب ضربه.

1719 - في المطبوع ومايaby 194 لم يتهم ويحيى ص 122 ويم ص 105 وم ص 88 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 269.

1720 - * في المطبوع أو جزأها وما بين المعقوفين من يحيى 465 وم 88 ومايaby 194.

1721 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من سيد 37 وم 88.

متن الخطاب

قام يطلبه، وقال إنما أبرأته لوجه كذا، ولأنه لا عذر له في التدمية على بريء لم يحق عليه لخوفه على نفسه، فلما أقر على نفسه أنه دمي أولاً على بريء اتهمناه في أنه دمي ثانياً على [بريء] ¹⁷²² وإذا بطلت التدمية صار المدعى عليه في حكم من قويت عليه التهمة بالدم ولم يوجد عليه بينة فوجب أن يطال سجنه، وقد حكى عن مالك أن الرجل كان يحبس في اللطخ والشبهة حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول سجنه، وإن طال سجنه الدهر الطويل ولم يظهر براءة استحلف خمسين يمينا وخلي سبيله. والله سائله وحسيبه. انتهى.

فرع: قال ابن رشد أيضاً في نوازل: دمي رجل على رجل بجرح، ودمي أخو المدمى عليه على المدمي الأول وقريب له؛ بأن القريب أمسكه وصار يقول [الآخر] ¹⁷²³ [اضرب اقتل فمات المدمي الثاني، فأراد أخو المدمى عليه أولاً أن يقوم بدم أخيه فهل يقتل المدمى عليه مع قريبه بالقسامة قبل أن تبرأ جراحه التي دمي بها، أو يؤخر جراحه ويسجن؟ فأجاب لا يقتل المدمى عليه حتى تبرأ جراحه التي دمي بها؛ لأن في قتله إبطال ما وجب لأوليائه من القسامة على قاتله، والواجب في ذلك أن يسجن الثلاثة المدمى عليهم، فإن صح المدمى الأول من جراحه أقسم أخو الميت عليه [وعلى قريبه وقتلوهما جميعاً بالقسامة؛ لأن هذا مما يقتل فيه الإثنان بالقسامة، وإن مات المدمى الأول من جراحه أقسم أخو الميت الأول مع أحد من بني عمه على قريب المدمى الأول ¹⁷²⁴] وقتلوه، [ثم يقسم أولياء المدمى الأول على أخي الميت الأول وقتلوه ¹⁷²⁵] بقسامتهم. انتهى. وما ذكره من قتل اثنين بالقسامة غريب، ونقله عنه البرزلي.

ونقل [عن] ¹⁷²⁶ [ابن الحاج في ذلك ثلاثة أقوال، ونصه: ابن الحاج فيمن دمي على رجلين فذكر أن أحدهما أمسكه والآخر قتله فيكون بمثابة ما لو [دمي] ¹⁷²⁷ [على رجلين فتكون القسامة، وتدخل الثلاثة الأقوال أن تقسم الولاة على واحد، والقولان [المشهوران] ¹⁷²⁸] ومنه الحديث في رجل أمسك رجلاً وقتله آخر فقال: {اقتلوا القاتل [واصبروا الصابر] ¹⁷²⁹} بمعنى احبسوا الذي حبسه للموت حتى يموت. /

272

قلت: تقدم لابن رشد أن هذه المسألة مما يقتل فيها اثنان بالقسامة الواحدة ويشير بذلك للمسألة المتقدمة. ثم قال: وفي الوثائق المجموعة: ولو قال المجروح جرحني فلان جرح كذا [و] ¹⁷³⁰ [خنقني

الحديث

1- النهاية في غريب الحديث والأثر، ج3 ص8 - كنز العمال، رقم الحديث 39839.

1722 - في المطبوع برء (ويم ص105 برء) وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويحيى ص122 وم ص88 ومايaby 194.

1723 * - كذا في النسخ ولعلها للأخر كما يفهم من فتاوي ابن رشد والبرزلي.

1724 - في المطبوع مع أحد من بني عمه على قريب المدمى الأول وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويحيى ص123 ويم ص105 ومايaby 195.

1725 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويحيى ص123 وم ص88 ويم ص105 ومايaby 195.

1726 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من سيد37 ويحيى466 ومايaby 195.

1727 * - في المطبوع أدمى وما بين المعقوفين من ن عدود ص271.

1728 - في المطبوع مشهوران وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويحيى ص123 وم ص88 ويم ص105 ومايaby 195.

1729 - في المطبوع واحيا الضاري وما بين المعقوفين من نوازل البرزلي، ج6 ص83.

1730 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن ذي ص272 ويحيى ص123 وم ص88 ويم ص105 ومايaby 195.

نص خليل

أَوْ رَأَهُ يَتَشَحُّطُ فِي دَمِهِ وَالْمُتَّهَمُ قُرْبَهُ وَعَلَيْهِ آثَارُهُ وَوَجِبَتْ وَإِنْ تَعَدَّدَ اللَّوْثُ وَلَيْسَ مِنْهُ وَجُودُهُ بِقَرْيَةٍ قَوْمٌ أَوْ دَارِهِمْ وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ قَتَلَ وَدَخَلَ فِي جَمَاعَةٍ اسْتَحْلَفَ كُلُّ خَمْسِينَ وَالِدِيَّةَ عَلَيْهِمْ أَوْ عَلَى مَنْ تَكَلَّ بِلَا قَسَامَةٍ وَإِنْ انفصلت بُغَاةٌ عَنْ قَتْلَى وَلَمْ يُعْلَمِ الْقَاتِلُ فَهَلْ لَأَقْسَامَةٍ وَلَا قَوْدٍ مُطْلَقًا أَوْ إِنْ تَجَرَّدَ عَنْ تَدْمِيَةٍ وَشَاهِدٍ أَوْ عَنِ الشَّاهِدِ فَقَطُّ تَأْوِيلَاتٌ وَإِنْ تَأَوَّلُوا فَهَدَرٌ كَزَاحِفَةٍ عَلَى دَافِعَةٍ وَهِيَ خَمْسُونَ يَمِينًا مُتَوَالِيَةً.

متن الخطاب فلان أو ركضني أو ضربني بالعصا، ومن فعلهم أموت ولم يسم أيهم [بلغ¹⁷³¹] مقاتله فإنه ينظر في ذلك إلى من أثخنه جرحه فيقسم عليه الأولياء، فإن كانوا اثنين أو أكثر وقد بلغت جراحهم مقاتله تخير واحد يقسمون عليه منهم، ولم يكن لهم أن يقسموا إلا على واحد ويقتلوه ثم يضرب الآخرون مائة مائة ويسجنون عاما.

قلت: يحتتمل أن يكون هذا خلافا لما تقدم لابن رشد في الماسك والقاتل، ويحتتمل الوفاق لأن هنا اجتمعوا¹⁷³² على قتله مباشرة بخلاف الماسك فإنه سبب لقتله لا أنه ضربه. انتهى كلام البرزلي. فرع: إذا ثبتت التدمية بشهادة رجلين لكن لم يعاينا الجرح الذي في المدمى وثبت بشهادة غيرهم أنه كان مجروحا جاز ذلك. قاله ابن رشد في نوازه في أثناء المسألة المذكورة فوجه.

فرع: يفهم من المسألة المذكورة أن المدمى عليه يحبس وإن كان مجروحا فتأمله. والله أعلم. ص: أو يراه يتشحط في دمه ش: فاعل يرى ضمير يعود على العدل، والمعنى أن من اللوث أن يشهد العدل على أنه رأى المجروح يتشحط في دمه. قال في التوضيح: واشتراط المصنف -يعني ابن الحاجب- العدل [هنا¹⁷³³] ظاهر، ولم أر من صرح بذلك. انتهى.

قلت: صرح به القاضي عبد الوهاب في المعونة. والله أعلم. ص: وليس منه [وجوده¹⁷³⁴] بقريّة قوم أو دارهم ش: نحوه في كتاب الديات من المدونة، وقال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "وكالعدل يرى المقتول يتشحط في دمه"، وليس موت الرجل عندنا في المزاخمة لوثا يوجب القسامة، بل هو هدر خلافا للشافعي في قوله تجب فيه القسامة/ وتجب الدية. انتهى.

273

ص: وهي خمسون يمينًا متوالية ش: قال ابن رشد في نوازه في كيفية قسامة قام بها [أبو¹⁷³⁵] المقتول وأخوه بأن يقسما خمسين يمينًا [تردد¹⁷³⁶] عليهما يمينًا يمينًا أنه هو الذي قتله، يقول الأب

الحديث

1731 - في المطبوع أبلغ ويحيى ص123 وما بين المعقوفين من ن ذي ص272 وم ص88 ويم ص105 وما يابى195.

1732 * - في فتاوى البرزلي ج6 ص83 لان هذا اجتمعوا.

1733 - في المطبوع هذا وما بين المعقوفين من ن ذي ص272 ويحيى ص123 وم ص89 ويم ص105 وما يابى195.

1734 - في المطبوع وما يابى195 وجود ويحيى ص123 وم ص89 وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويم ص105.

1735 - ساقط من المطبوع (ويم ص105 أبو القاسم وأخوه) وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 ويحيى ص123 وم ص89 وما يابى195.

1736 - - في المطبوع (ويحيى ص123 ترددت) وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 وم ص89 ويم ص105 وما يابى195.

نص خليل
بَتًّا وَإِنْ أَعْمَى أَوْ غَائِبًا يَحْلِفُهَا فِي الْخَطِّ مَنْ يَرِثُ الْمَقْتُولَ وَإِنْ وَاحِدًا أَوْ امْرَأَةً وَجُبِرَتِ الْيَمِينُ عَلَى أَكْبَرَ كَسْرُهَا وَإِلَّا فَعَلَى الْجَمِيعِ وَلَا يَأْخُذُ أَحَدٌ إِلَّا بَعْدَهَا ثُمَّ حَلَفَ مَنْ حَضَرَ حِصَّتَهُ وَإِنْ تَكَلَّوْا أَوْ بَعْضُ حَلَفَتِ الْعَاقِلَةُ فَمَنْ نَكَلَ فَحِصَّتُهُ عَلَى الْأَظْهَرِ.

متن الخطاب
في يمينه [بمقطع¹⁷³⁷] الحق قائما مستقبل القبلة إثر صلاة العصر من يوم الجمعة على ما مضى عليه عمل القضاة بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة لقد قتل هذا، ويشير إلى القاتل [ابني فلانا¹⁷³⁸] بالجرح الذي أصابه به ومات منه على سبيل العمد بغير حق، وكذلك يقسم الأخ إلا أنه يقول لقد قتل أخي، فإذا [استكملا¹⁷³⁹] خمسين يمينا على هذه الصفة أسلم برمته إليهما فاستقادا منه بالسيف قتلا مجهزا على ما أحكمه الشرع في القصاص في القتل. انتهى. قال البرزلي: وسئل أصبغ بن محمد هل يزيد ولي الدم في يمينه، وأن ما شهد به الشهود من قول المدمى حق أم لا؟ فأجاب لا يلزم ولي الدم أن يزيد في يمينه إحقاق ما شهد به الشهود من قول المدمى ولا علمت أحدا من أهل المذهب قاله.

ص: بتا ش: ويعتمدون على ظن قوي كما تقدم في باب الشهادات. والله أعلم.
ص: وإن أعمى أو غائبا ش: يريد أو صغيرا ويحلف إذا بلغ ويأخذ حصته كما ذكره ابن عرفة عن الموازية.

ص: أو امرأة ش: كما لو خلف بنتا واحدة. قال في المدونة: فإن لم يدع إلا بنتا بغير عصة حلفت خمسين يمينا فأخذت نصف الدية. أبو الحسن: وسكت عن النصف الباقي. قال الباجي: ويسقط الباقي، وتقدم مثله لابن رشد عند قوله: وإذا قال المقتول دمي عند فلان. انتهى. ونص الذي تقدم قال ابن رشد: ولو كان للمقتول وارث معلوم مع جماعة المسلمين مثل الزوجة والزوج يحلف الوارث المعلوم خمسين يمينا واستحق حقه من الدية وبطل الباقي [منها¹⁷⁴⁰]. انتهى من سماع يحيى من كتاب الديات الثاني. انتهى كلام الشيخ أبي الحسن. وفي الذخيرة: المقسم في الخطأ جميع المكلفين من الورثة رجالا أو نساء يحلفون بقدر موارثهم، ومن لا وارث له فلا قسامة له لتعذر قسم بيت المال، ولا يقسم [إلا ولي نسب¹⁷⁴¹] أو ولاء، ولا يقسم من القبيلة إلا من التقى معه إلى نسب ثابت، ولا يقسم المولى الأسفل بل ترد الأيمان على المدعى عليهم. انتهى.

ص: وإن نكلوا أو بعض حلفت العاقلة ش: أي فيحلف كل واحد منهم يمينا واحدة، وقد تقدم أن حد العاقلة سبعمائة أو الزيادة على ألف، وظاهر كلامه أنه إذا نكل بعض الورثة سقطت الدية جميعها وحلفت العاقلة وليس كذلك، بل المراد أنه إذا نكل بعض الورثة فإن العاقلة تحلف ويسقط

الحديث

1737 * - في المطبوع بمنقطع والمثبت من يحيى 466 ومايأبى 195 وم 89 ويم 126.
1738 * - في المطبوع ابنه وما بين المعقوفين من م 89 ومايأبى 195 ويحيى 465 ويم 126 وسيد 37.
1739 - في المطبوع استكمل وما بين المعقوفين من م 89 ومايأبى 195 ويحيى 465 ويم 126 وسيد 37.
1740 - في المطبوع ومايأبى 196 منهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 273 ويحيى ص 123 وم ص 89 ويم ص 105.
1741 - في المطبوع الأول لسبب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 273 ويحيى ص 123 وم ص 89 ويم ص 105 ومايأبى 196 (الأولى بنسب).

نص خليل

وَلَا يَحْلِفُ فِي الْعَمْدِ أَقْلُ مِنْ رَجُلَيْنِ عَصَبَةً وَإِلَّا فَمَوَالِي وَلِلْوَلِيِّ الْإِسْتِعَانَةُ بِعَاصِبِهِ وَلِلْوَلِيِّ فَقَطَّ حَلْفُ الْأَكْثَرِ إِنْ لَمْ يَزِدْ عَلَى نِصْفِهَا وَوُزَعَتْ وَاجْتَزِئَ بِاثْنَيْنِ طَاعًا مِنْ أَكْثَرٍ وَتُكُولُ الْمُعِينُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ بِخِلَافٍ غَيْرِهِ وَلَوْ بَعْدُوا فَتَرَدُّ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِمْ فَيَحْلِفُ كُلُّ حَمْسِينَ وَمَنْ تَكَلَ حُسْبًا حَتَّى يَحْلِفَ وَلَا اسْتِعَانَةً وَإِنْ أَكْذَبَ بَعْضُ نَفْسِهِ بَطَلَ بِخِلَافٍ عَفْوُهُ فَلِلْبَاقِي نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ وَلَا يُنْتَظَرُ صَغِيرٌ بِخِلَافٍ الْمُعْمَى عَلَيْهِ وَالْمُبْرَسَمُ إِلَّا أَنْ لَا يُوْجَدَ غَيْرُهُ فَيَحْلِفُ الْكَبِيرُ حِصَّتُهُ وَالصَّغِيرُ مَعَهُ وَوَجِبَ بِهَا الدِّيَةُ فِي الْخَطَا وَالْقَوْدُ فِي الْعَمْدِ مِنْ وَاحِدٍ تَعَيَّنَ لَهَا.

متن الخطاب

حصة الناكل فقط كما صرح بذلك ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الديات، وصرح به ابن الحاجب، وصرح به الشارح في شرح قول المصنف: "ولا يأخذ أحد إلا بعدها" والله أعلم.
ص: ولا يحلف في العمد أقل من رجلين ش: أي فلا يحلف النساء وحكى ابن الفكهاني قولاً بأن النساء يحلفن. قال القلشاني: ولم أقف عليه، وأصل المذهب أنه لا مدخل للنساء في القسامة في العمد. انتهى بالمعنى من الشيخ زروق./

274

ص: عصبة وإلا فمवाल ش: عصبة من النسب، فإن لم يكن عصبة نسب فيحلف الموالي الأعلون لأنهم عصبة، ولا يحلف الموالي الأسفلون. نقله ابن عرفة عن سماع يحيى.
ص: وللولي الاستعانة بعاصبه ش: أي وللولي إذا كان واحداً أن يستعين بعاصبه، وكذلك لو تعدد الولي كما ذكره في التوضيح عن ابن رشد، لكن كلام المصنف إنما هو في الواحد بدليل قوله: إن لم يزد على نصفها فتأمل. والمراد عاصبه الذي يجتمع معه في أب معروف، ولا يكتفي في ذلك بأن يكون معروفاً أنه من القبيلة الفلانية كما نقله ابن عرفة عن سماع يحيى.

ص: بخلاف غيره ولو بعدوا ش: أي بخلاف نكول غير المعين فإن نكوله معتبر والمعنى أنه إذا كان ولادة الدم في [التعدد¹⁷⁴²] سواء كالأولاد أو الإخوة أو الأعمام ولم يكن [فيهم¹⁷⁴³] أقرب بحيث يكون [غير الأقرب¹⁷⁴⁴] معيناً، فإن نكول أحدهم مسقط للقود، أما إذا كانوا أولادا وإخوة فباتفاق، واختلف في غيرهم كالأعمام وبنيتهم ومن هو أبعد، والمشهور سقوط القود أيضاً، والشاذ أنه لا يسقط إلا باجتماعهم. كذا قرر المسألة في التوضيح وكلام الشارح مشكل. فتأمل./

275

ص: ولا استعانة ش: قال ابن غازي: إنما عزاه في المقدمات لمطرف فقال ابن عرفة ذكره ابن حارث رواية لمطرف وأبو محمد قولاً له ورواية، وإنما اقتصر عليه المصنف لأن ابن عبد السلام عزاه للمدونة، واستظهره وإلا فقول ابن القاسم في المجموعة أن الأيمان ترد عليهم ويحلف معهم المتهم، وهو الذي حمل أبو الحسن الصغير المدونة عليه، وهو ظاهر الرسالة، وعليه درج ابن الحاجب، وهذا كله في التوضيح. [اهـ.¹⁷⁴⁵]

الحديث

1742 - في المطبوع التعدد وم ص89 (ويم ص106 ولاه الذي في القود) وما بين المعقوفين من ن عدود ص274 ويحيى ص124 ومايaby196.

1743 - في المطبوع بينهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص274 ويحيى ص124 وم ص89 ويم ص106 ومايaby196.

1744 - في المطبوع ويحيى ص124 وم ص89 ويم ص106 الأقرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص274 ومايaby196.

1745 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص275 ويحيى ص124 وم ص89 ويم ص106 ومايaby196.

نص خليل

وَمَنْ أَقَامَ شَاهِدًا عَلَى جَرْحٍ أَوْ قَتَلَ كَافِرٍ أَوْ عَبْدٍ أَوْ جَنِينٍ حَلَفَ وَاحِدَةً وَأَخَذَ الدِّيَّةَ وَإِنْ نُكِّلَ بَرِيءُ الْجَارِحِ إِنْ حَلَفَ وَإِلَّا حُبِسَ.

متن الخطاب

قلت: كأنه لم يقف على كلام ابن رشد في أول رسم من سماع عيسى، ونصه: الثالث أن المدعى عليه يحلف وحده ولا يكون له أن يستعين بأحد من ولاته، وهو قول مطرف في الواضحة، وهو ظاهر ما في رسم أول عبد من سماع يحيى وما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وهذا القول أظهر الأقوال من جهة القياس؛ لأن المدعى عليه حقيقة هو الذي يدعى عليه القتل ويطلب منه القصاص، ويتعلق به حكم النكول فوجب أن يكون هو الذي يحلف، وللقولين الآخرين حظ وافر من النظر، وهو أنه لما كانت الدية تقع فيها الحمية والعصبية صارت عصبية المقتول هم الطالبون بدم المقتول بحق التعصيب لا بحق الوراثة. انتهى. فقد استظهره ابن رشد، وقال إنه ظاهر ما في المدونة. والله أعلم.

ص: ومن أقام شاهدا على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية ش: أجمل المصنف رحمه الله في قوله: "وأخذ الدية" أما مسألة الجرح فقال في المدونة: لا قسامة في الجراح، لكن من أقام/ شاهدا عدلا على جرح عمد أو خطأ فليحلف معه يمينا واحدة ويقتص في العمد ويأخذ العقل في الخطأ، قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ فقال كلمت مالكا في ذلك فقال إنه لشيء استحسناه ما سمعت فيه شيئا، هذا لفظها على اختصار ابن عرفة، ونحوه لابن الحاجب. ثم قال: فإن نكل من قام بالشاهد حلف الجراح، فإن نكل قال ابن القاسم حبس حتى يحلف، وأما مسألة الكافر فقال في المدونة في نصراني قام على قتله شاهد واحد عدل مسلم يحلف ولاته يمينا واحدة ويستحقون الدية على قاتله مسلما كان أو نصرانيا. هذا لفظها أيضا باختصار ابن عرفة، وانظر هل يحلف كل واحد من ولاته يمينا أو تجزئهم يمينا واحدة، والظاهر من كلام المدونة المذكور أنه يحلف كل واحد من ولاته يمينا واحدة، وأما مسألة العبد فكذلك يحلف سيده يمينا واحدة ويأخذ قيمة عبده، سواء كان قاتله حرا أو عبدا.

فرع: فإن أقام شاهدا أن عبد فلان قتل عبده حلف معه، وخير سيد القاتل بين أن يغرم قيمة المقتول أو يسلم عبده، فإن أسلمه لم يقتل لأنه لا يقتل؛ القاتل بشاهد واحد. قاله في المدونة، ونقله ابن عرفة، وانظر هل يضرب القاتل مائة ويحبس عاما؟ وأما مسألة الجنين فإنه يحلف كل واحد من ورثته يمينا واحدة. قاله في المدونة، ونقله ابن عرفة، ونصه: وفيها إن ضربت امرأة فألقت جنينا ميتا وقالت دمي عند فلان ففي المرأة القسامة ولا شيء في الجنين إلا ببينة [ثبت¹⁷⁴⁶] كأنه جرح من جراحها ولا قسامة في الجرح، ولا يثبت إلا ببينة أو شاهد عدل فتحلف ولاته معه يمينا واحدة ويستحقون ديته. الصقلي: يريد يحلف كل واحد ممن يرث الغرة يمينا أنه قتله، وفيها: إن قالت دمي عند فلان فخرج جنينها حيا فاستهل صارخا ثم مات ففي الأم القسامة، ولا قسامة في الولد لأنها لو قالت قتلني وقتل فلانا معي لم يكن في فلان قسامة. انتهى. بخلاف ما إذا ثبت موتها وخروج الولد بشاهد

الحديث

نص خليل

فَلَوْ قَالَتْ دَمِي وَجَنِينِي عِنْدَ فُلَانٍ فَفِيهَا الْقَسَامَةُ وَلَا شَيْءَ فِي الْجَنِينِ وَلَوْ اسْتَهَلَّ.
 بَابُ الْبَاغِيَةِ فِرْقَةُ خَالَفتَ الْإِمَامَ لَمَنَعَ حَقٌّ أَوْ لَخَلَعَهُ فَلِلْعَدْلِ قِتَالُهُمْ وَإِنْ تَأَوَّلُوا كَالْكَفَّارِ وَلَا يُسْتَرْقُوا وَلَا
 يُحَرِّقُ شَجَرُهُمْ وَلَا تُرْفَعُ رُؤُوسُهُمْ بِأَرْمَاحٍ وَلَا يَدْعُوهُمْ بِمَالٍ وَأَسْتَعِينُ بِمَالِهِمْ عَلَيْهِمْ إِنْ أَحْتِيجَ لَهُ ثُمَّ رُدَّ
 كَغَيْرِهِ وَإِنْ أُمِنُوا لَمْ يُتَّبَعْ مُنْهَرِمُهُمْ وَلَمْ يُدْفَفْ عَلَى جَرِيحِهِمْ.

متن الخطاب واحد فإن ورثته يحلفون معه يمينا ويستحقون الغرة، وإن استهل صارخا ففيه القسامة؛ لأن الشاهد
 لوث، وقول المرأة ليس لوثا في حق ولدها. والله أعلم.
 ص: فلو قالت دمي وجنيزي ش: ليس في هذه الصورة إلا قول المرأة فقط فليست بمعارضة لما تقدم
 فتأمله. والله أعلم.

باب الباغية:

ص: الباغية فرقة خالفت الإمام لمنع حق أو لخلعه ش: لما فرغ رحمه الله من الكلام على القتل
 والجرح اللذين يكون عنهما إذهاب النفس الذي هو من أعظم الذنوب في حق الآدميين اتبع ذلك
 بالكلام على الجنايات التي توجب سفك الدماء أو ما/ دونه من العقوبات، والجناية [هي¹⁷⁴⁷] ما
 يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالا أو مآلا، والجنايات الموجبة للعقوبات سبع البغي
 والردة والزنا والقذف والسرقة والحراة والشرب، وبدأ المصنف بالبغي لأنه أعظمها مفسدة؛ إذ فيه
 إذهاب الأنفس والأموال غالبا فقال: باب؛ أي هذا باب اذكر/ فيه أحكام البغي، والبغي في اللغة
 قال الجوهري: هو التعدي، وقال ابن العربي في أحكام القرآن إن مادة ب غ ي للطلب، إلا أنه في
 العرف مقصور على طلب خاص؛ وهو ابتغاء ما لا ينبغي ابتغاؤه. انتهى. وفي الاصطلاح قال ابن
 عرفة: البغي هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولا. انتهى. وعرفها
 المؤلف بقوله: الباغية أي الفئة الباغية هي فرقة من المسلمين خالفت الإمام لشيثين إما لمنع حق
 وجب عليها من زكاة أو حكم من أحكام الشريعة أو الدخول في طاعته، فإنه حق، أو خالفته لخلعه.
 قال ابن عبد السلام: والمراد بالإمام هنا الإمام الأعظم أو نائبه. انتهى.

وقال في التوضيح: فخرج الخروج عن طاعة غير الإمام فإنه لا يسمى بغيا. اهـ. يريد أو نائبه، وعلم
 [أنها¹⁷⁴⁸] لو خرجت لا لمنع حق بل لمنع ظلم كأمره بمعصية ليست بباغية كما يفهم من كلام ابن
 عرفة، وزاد ابن عرفة وابن الحاجب قيذا آخر وهو كون الخروج مغالبة، ولا بد منه. قال ابن عبد
 السلام ولفظة مغالبة كالفصل أو كالخاصة؛ لأن من عصى الإمام لا على سبيل المغالبة لا يكون من
 البغاة. انتهى. ونحوه في التوضيح، ونصه: [وأخرج¹⁷⁴⁹] الخروج عن طاعة الإمام من غير مغالبة فإن
 ذلك لا يسمى بغيا. اهـ. وكأنهم يعنون بالمغالبة المقاتلة، فمن خرج عن طاعة الإمام من غير مغالبة لا
 يكون باغيا، ومثال ذلك ما وقع لبعض الصحابة رضي الله عنهم وحشرنا في زميرتهم وأماتنا على
 محبتهم وسنتهم أنه مكث أشهرا لم يبايع الخليفة ثم بايعه رضي الله عنهم أجمعين، ولا بن عرفة في

الحديث

1747 * - في المطبوع هو وما بين المعقوفين من يحيى 467 وسيد 37 ويم 127.

1748 * - في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من م 90 ويحيى 467 ويم 127 وسيد 38 وما يابى 198.

1749 * - في المطبوع وإخراج يحيى 467 وم 90 ويم 127 وما يابى 198 وفي التوضيح ص 558 ج 3 أخرج.

نص خليل وَكَرَهُ لِلرَّجُلِ قَتْلُ أَبِيهِ وَوَرَثُهُ وَلَمْ يَضْمَنْ مُتَأَوَّلُ أَتْلَفَ نَفْسًا أَوْ مَالًا وَمَضَى حُكْمُ قَاضِيهِ وَحَدُّ أَقَامَهُ وَرُدَّ ذِمِّيٌّ مَعَهُ لِذِمَّتِهِ وَضَمِنَ الْمُعَانِدُ النَّفْسَ وَالْمَالَ وَالذِّمِّيُّ مَعَهُ نَاقِضٌ وَالْمَرْأَةُ الْمُقَاتِلَةُ كَالرَّجُلِ.

متن الخطاب آخر الجهاد كلام حسن في قتال أهل العصبية وقتل الخوارج، وكذا للشيخ أبي الحسن الصغير كلام حسن في الجهاد. والله أعلم.

فائدة: قال القرطبي في شرح مسلم: البيعة مأخوذة من البيع، وذلك أن المبايع للإمام يلزمه أن يقيه بنفسه وماله فكأنه بذل نفسه وماله لله تعالى، وقد وعد الله تعالى على ذلك بالجنة فكأنه حصلت معاوضة، ثم هي واجبة على كل مسلم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: {من مات ووليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية¹} / غير أنه من كان من أهل الحل والعقد والشهرة فبيعته بالقول والمباشرة باليد إن كان حاضرا، وبالقول والإشهاد عليه إن كان غائبا، ويكفي من لا يؤبه له ولا يعرف أن يعتقد دخوله تحت طاعة الإمام ويسمع ويطيع له في السر والجهر ولا يعتقد خلافا لذلك، فإن أضمره فمات مات ميتة جاهلية لأنه لم يجعل في عنقه بيعة. انتهى.

وقال قبله بنحو الورقة في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {إنما الطاعة في المعروف²}: إنما للحصر، ويعني به ما ليس بمنكر ولا معصية، فيدخل فيه الطاعة الواجبة والمندوب إليها والأمور الجائزة شرعا، فلو أمر بجائز صارت طاعته فيه واجبة ولما حلت مخالفتها، فلو أمر بما زجر الشرع عنه زجر تنزيه لا تحريم فهذا مشكل، والأظهر جواز المخالفة تمسكا بقوله: إنما الطاعة في المعروف، وهذا ليس بمعروف إلا أن يخاف على نفسه منه فله أن [يتمثل.¹⁷⁵⁰] انتهى. وتقدم في الاستسقاء شيء من هذا المعنى.

ص: وكره لرجل قتل أبيه ش: هذا هو المشهور، وروى جوازه ابن عبد السلام، وهذا الخلاف مقصور على الأب ولا يتعداه إلى الجد، وقد تقدم في غير هذا الموضع اختلاف الطروشى وعياض في الجد هل يتنزل منزلة الأب في وجوب البر؟ انتهى.

1 - مسلم في صحيحه، كتاب الامارة، رقم الحديث 1851، لفظه من خلع يدا من طاعة لقي الله يوم القيامة لا حجة له ومن مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية، ط دار إحياء التراث العربي.

2 - عن علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم رجلا فأوقد نارا وقال ادخلوها فأراد ناس أن يدخلوها وقال الآخرون إنا قد فررنا منها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للذين أرادوا أن يدخلوها لو دخلتموها لم تزلوا فيها إلى يوم القيامة وقال للآخرين قولا حسنا وقال لا طاعة في معصية الله إنما الطاعة في المعروف، مسلم في صحيحه، كتاب الامارة، رقم الحديث 1840، ط دار إحياء التراث العربي.

- عن علي رضي الله عنه قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم سرية وأمر عليهم رجلا من الأنصار وأمرهم أن يطيعوه فغضب عليهم وقال أليس قد أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن تطيعوني قالوا بلى قال قد عزمت عليكم لما جمعتم حطبا وأوقدتم نارا ثم دخلتم فيها فجمعوا حطبا فأقدوا نارا فلما هموا بالدخول فقام ينظر بعضهم إلى بعض فقال بعضهم إنما تبعنا النبي صلى الله عليه وسلم فرارا من النار أفندخلها فيبينها هم كذلك إذ خمدت النار وسكن غضبه فذكر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لو دخلوها ما خرجوا منها أبدا إنما الطاعة في المعروف، البخاري في صحيحه، كتاب الاحكام، رقم الحديث 7145، ط دار الفجر 2005.

1750 - في المطبوع يقتتل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 279 ويحيى ص 125 وم ص 90 ويم ص 107 وما يابى 198.

باب [الردة¹⁷⁵¹] كُفِّرَ الْمُسْلِمُ بِصَرِيحٍ أَوْ لَفْظٍ يَقْتَضِيهِ أَوْ فِعْلٍ يَتَضَمَّنُهُ كَالْقَاءِ مُصْحَفٍ بِقَدَرٍ وَشَدِّ زُنَارٍ [وَسِحْرِ¹⁷⁵²] وَقَوْلٍ بِقَدَمِ الْعَالَمِ أَوْ بَقَائِهِ أَوْ شَكٍّ فِي ذَلِكَ أَوْ بَتْنَاخِ الْأَرْوَاحِ أَوْ فِي كُلِّ جَنْسٍ نَذِيرٌ أَوْ ادَّعَى شِرْكَاً مَعَ ثُبُوتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْ بِمُحَارَبَةِ نَبِيٍّ أَوْ جَوَزَ اكْتِسَابَ الثُّبُوتِ.

نص خليل

باب في الردة:

متن الخطاب

ص: الردة كفر المسلم ش: نسأل الله تعالى العصمة منها ومن سائر الكبائر وأن [يتوفانا¹⁷⁵³] مسلمين، واحترز بقوله: "كفر المسلم" مما إذا انتقل الكافر من دينه إلى دين آخر فإن المشهور أنه لا يتعرض له كما سيصرح بذلك المصنف، وهو قول مالك، وقيل إنه يقتل إلا أن يسلم قاله الشارح، وأظنه لابن الماجشون. اهـ.

قلت: وقال في الشفاء: اختلف العلماء في الذي يتزندق فقال مالك ومطرف وابن عبد الحكم وأصبع لا يقتل لأنه خرج من كفر إلى كفر، وقال ابن الماجشون يقتل؛ لأنه دين لا يقر عليه أحد ولا تؤخذ عليه جزية.

ص: وسحر ش: ظاهر كلامه أن السحر ردة، وأنه يستتاب الساحر إذا أظهر ذلك، فإن تاب وإلا قتل، والقول الراجح فيه أن حكمه حكم الزنديق يقتل، ولا تقبل توبته إلا أن يجيء/ تائباً بنفسه. انظر ابن الحاجب والتوضيح.

280

ص: وقول بقدم العالم أو ببقائه ش: قال في الشفاء: وكذلك يقطع بكفر من قال بقدم العالم أو ببقائه أو شك في ذلك. انتهى. فقول الشارح هذا على القول بتكفير هؤلاء، ولمالك وغيره فيهم قولان يوهم أن في كفر من قال بقدم العالم أو ببقائه خلافاً وليس كذلك. والله أعلم.

ص: أو شك في ذلك ش: تقدم النص عليه في كلام الشفاء وقول الشارح إن هذا ليس من الأمور الثلاثة يعني قول المصنف: "بصريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه" وعليه فالحد الذي ذكره ليس بجامع لخروج هذا النوع منه غير ظاهر؛ لأن التلفظ بالشك في ذلك داخل في اللفظ الذي يقتضي الكفر، وأما الشك من غير أن يتلفظ بذلك فهو وإن كان كفراً لا شك فيه، لكنه لا يوجب الحكم بكفره ظاهراً إلا بعد التلفظ بذلك، كما أن اعتقاد الكفر من غير تلفظ به كفر، ولكن لا يحكم على صاحبه بالكفر إلا بعد التلفظ بما يقتضيه فتأمله. والله أعلم.

ص: أو بتناسخ الأرواح ش: أي انتقالها في الأشخاص الآدمية وغيرها، وأن تعذيبها وتنعيمها بحسب زكاتها وخبثها، فإذا كانت النفس شريرة أخرجت من قلبها التي هي فيه وألبست قلباً يناسب شرها من كلب أو خنزير أو سبع ونحو ذلك، فإن أخذت جزاء شرها بقيت في ذلك القلب تنتقل من فرد إلى فرد، وإن لم تأخذ [انتقلت¹⁷⁵⁴] إلى قلب أشر منه، وكذلك حتى تستوفي جزاء

الحديث

¹⁷⁵¹ ص - ابن عرفة هي كفر بعد اسلام تقرر بالنطق بالشهادتين مع التزام أحكامهما اهـ بن.

¹⁷⁵² ص - ابن العربي السحر مولف يعظم به غير الله تعالى وتنسب إليه المقادير والكائنات بن.

¹⁷⁵³ - في المطبوع يتوفنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 279 ويحيى ص 125 وما يابى 198 وم ص 90 (ويم ص 107 بتوفنا).

¹⁷⁵⁴ - في المطبوع انقلبت و يحيى ص 468 وم ص 90 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 280 ويم ص 107 وما يابى 198.

نص خليل

أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ يَصْعَدُ لِلسَّمَاءِ أَوْ يُعَانِقُ الْحُورَ أَوْ اسْتَحَلَّ كَالشُّرْبِ لَا بِأَمَانَتِهِ اللَّهُ كَافِرًا عَلَى الْأَصَحِّ وَفُصِّلَتْ الشَّهَادَةُ فِيهِ وَاسْتَتِيبَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ بِلَا جُوعٍ وَعَطَشٍ وَمُعَاقِبَةٍ وَإِنْ لَمْ يَتَّيَبْ فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا قُتِلَ وَاسْتَبْرَأَتْ بِحَيْضَةٍ وَمَالُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ وَإِلَّا فَفِيٍّ وَبَقِيَ وَلَدُهُ مُسْلِمًا كَأَنْ تُرِكَ وَأَخَذَ مِنْهُ مَا جَنَى عَمْدًا عَلَى عَبْدٍ أَوْ ذِمِّيٍّ لَا حُرٍّ مُسْلِمٍ كَأَنْ هَرَبَ لِدَارِ الْحَرْبِ إِلَّا حَدَّ الْفِرْيَةِ وَالْخَطَأَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ كَأَخْذِهِ جَنَائَةً عَلَيْهِ وَإِنْ تَابَ فَمَالُهُ لَهُ وَقَدَّرَ كَالْمُسْلِمِ فِيهِمَا وَقُتِلَ الْمُسْتَسِرُّ بِلَا اسْتِتَابَةٍ إِلَّا أَنْ يَجِيءَ تَائِبًا.

متن الخطاب

الشر، وفي الخير تنتقل إلى أعلى، ولذلك يعتقدون أن لا خير ولا شر ولا جنة ولا نار نسأل الله السلامة فأدى اعتقاد التناسخ إلى إنكار ما أجمع المسلمون عليه. والله أعلم.

ص: أو ادعى أنه يصعد إلى السماء أو يعانق الحور ش:

فرع: قال الأبي في شرح مسلم في كتاب الحج في شرح قول عمران بن حصين¹ ما نصه: كلام الملائكة مع غير الأنبياء يصح، وكان الشيخ ابن عبد السلام يحكي عن بعض الطلاب من شيوخ زمانه أن من قال اليوم كلمتي الملائكة يستتاب، والحديث يرد عليه، والصواب أن ذلك يختلف بحسب حال من زعمه فإن كان متصفا بالصالح تجوز عنه وإلا زجر عن قول ذلك بحسب ما يراه الحاكم، ومن هذا المعنى ما يتفق لبعضهم أن يقول قيل لي وخطبت، وكان الشيخ أبو عبد الله -يعني ابن عرفة- يشدد القول فيه وفي إنكاره على من زعمه. اهـ. وفي الشفاء: وكذلك من ادعى مجالسة الله والعروج إليه ومكالمته؛ يعني أنه كافر بإجماع المسلمين. انتهى.

وقال ابن عبد السلام الشافعي في أماليه: / إذا قال ولي من أولياء الله تعالى أنا الله عزز التعزير الشرعي، وهذا لا ينافي الولاية إذ الأولياء غير معصومين. انتهى.

281

قلت: وانظر ما مراده بالتعزير الشرعي هل هو الاستتابة أو غيرها؟ والظاهر أنه الاستتابة؛ لأن هذا القول فيه دعوى الألوهية أو حلول الباري سبحانه وتعالى فيه. فتأمل.

ص: واستتيب ثلاثة أيام ش: ظاهر كلامه أن تأخيرها ثلاثة أيام واجب. هكذا قال في التوضيح إنه ظاهر المذهب، وقال ابن العربي في أول كتاب التوسط في أصول الدين: ألا ترى أن المرتد استحب العلماء له الإمهال لعله إنما ارتد لريب فيترى به مدة لعله أن يراجع الشك باليقين والجهل بالعلم، ولا يجب ذلك لحصول العلم بالنظر الصحيح أولا. اهـ. وقال القاضي عبد الوهاب في شرح الرسالة: وعرض التوبة واجب على الظاهر من المذهب إلا أنه إن قتله قاتل قبل استتابته فبئس ما صنع، ولا يكون فيه قود ولا دية. انتهى. وانظر نوازل سحنون من كتاب الديات.

ص: فإن تاب وإلا قتل ش: فإن تاب فلا عقوبة عليه. نص عليه في التوضيح وابن عرفة وصاحب اللباب والذخيرة، وأصله في البيان في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب المحاربين والمرتدين وفي أواخر القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون. /

282

مسألة: وفي عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب إذا ارتد ثم تاب ثم ارتد ثم تاب لم يعزر في المرة الأولى، ويجوز أن يعزر في المرة الثانية والثالثة والرابعة إذا رجع إلى الإسلام، ولست أعرفه منصوصا، ولكن يجوز عندي، والفرق بين الأولى وغيرها أنه في الأولى يجوز أن يكون حصلت له شبهة فارتد ثم رجع بسبب زوالها، فإذا عاود الردة بعد زوال الشبهة ثم تاب ضرب لأنه لم يبق له شبهة، ولا يزداد على التعزير ولا يحبس ولا يقتل. انتهى.

الحديث

1- عن مطرف قال قال لي عمران بن حصين أحدثك حديثا عسى الله أن ينفعك به إن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين حجة وعمره ثم لم يمه عنه حتى مات ولم ينزل فيه قرآن يحرمه وقد كان يسلم علي حتى اكنوت فتركت ثم تركت الكي فعدا، مسلم في صحيحه، كتاب الحج، رقم الحديث 1226، ط. دار إحياء التراث العربي.

نص خليل

وَمَالُهُ لِوَارِثِهِ وَقَبْلَ عُدْرٍ مَنْ أَسْلَمَ وَقَالَ أَسْلَمْتُ عَنْ ضَيْقٍ إِنْ ظَهَرَ كَأَنْ تَوَضَّأَ وَصَلَّى وَأَعَادَ مَأْمُومُهُ وَأَدَّبَ مَنْ تَشَهَّدَ وَلَمْ يُوقَفْ عَلَى الدَّعَائِمِ كَسَاحِرِ ذِمِّي إِنْ لَمْ يَدْخُلْ ضَرَرًا عَلَى مُسْلِمٍ وَأَسْقَطَتْ صَلَاةً وَصِيَامًا وَزَكَاةً وَحَجًّا تَقَدَّمَ وَتَدْرًا وَكَفَّارَةً وَيَمِينًا بِاللَّهِ أَوْ يَعْتَقُ أَوْ ظَهَرَ وَإِحْصَانًا.

مقن الخطاب

تنبيهه: صرح في الشفاء بأن من سب النبي صلى الله عليه وسلم إذا قلنا إن ذلك ردة وأنه يستتاب فإنه إن تاب نكل، وكذلك من كانت رده بسبب كلام ساقط في حق الباري أو سب له فإنه يؤدب، وقاله في الشفاء أيضا. والله أعلم.

ص: وماله لوارثه ش: يعني أن مال المرتد لوارثه وهذا إذا تاب، وأما إذا لم يتب فلا. قاله ابن بكير في أحكام القرآن، وانظر أواخر الشفاء وابن عرفة.

ص: وأسقطت صلاة وصياما إلى قوله وإحصانا ش: أي وأسقطت الردة عن المرتد صلاة وصياما وزكاة أي أبطلت الصلاة والصيام والزكاة التي تعلقت بالمرتد من حين تعلق ذلك به إلى حين رجوعه إلى الإسلام، سواء كان فعل ذلك أو لم يفعله، فإن كان فعل ذلك فالإسقاط بمعنى إبطال ثوابه المرتب عليه وإن كان لم/ يفعل ذلك فالإسقاط بمعنى إبطال تعلقه بدمته، وسواء وجب ذلك قبل الردة أو أدركه وقت وجوبه وهو في حال الردة.

283

فرع: فلو صلى صلاة ثم ارتد في وقتها ثم رجع إلى الإسلام ووقتها باق بحيث يدرك منها ركعة لزمته. نقله أبو الحسن في كتاب النكاح الثالث، وأسقطت الردة حجا تقدم من المرتد في حال إسلامه، والإسقاط هنا بمعنى إبطال ثوابه، ويجب عليه استئناف الحج على المشهور؛ لأن وقته متسع إلى آخر العمر فيجب عليه بخطاب مبتدئ كما يجب عليه الصلاة والصيام والزكاة للأوقات المستقبلية. قاله أبو الحسن الصغير، وقيل لا يجب عليه استئناف الحج.

فرع: فلو ارتد وهو محرم بطل إحرامه. قاله في النوادر. فإن كان تطوعا لم يلزمه قضاؤه، وإن كان فرضا أو قد كان حج الفرض قبل ذلك فإنه لا بد له من استئناف حج الفريضة. انتهى.

تنبيه: يفهم من كلامه أنه لا يلزمه قضاء ما أفسده من الحج والعمرة قبل رده؛ لأن ذلك قد بطل وسقط من ذمته فتأمل. والله أعلم. وأسقطت الردة عن المرتد نذرا نذره في حال إسلامه أو في حال رده، وأسقطت الردة عن المرتد [يمينا¹⁷⁵⁵] بالله حلفها في حال إسلامه أو في حال رده أو يمينا بعثق، وظاهر كلام المصنف سواء كانت اليمين بعثق معين أو بعثق غير معين وهذا ظاهر المدونة، وقال ابن الكاتب وهذا في غير المعين، وأما المعين فيلزمه لأنه تعلق به حق إنسان معين قبل رده فلا يسقط عنه كما يلزمه تدبيره.

قال ابن يونس: يظهر لي أن تدبيره كعتقه وطلاقه وذلك بخلاف أيما، ألا ترى أن النصراني يلزمه تدبيره إذا أسلم ولا يلزمه يمينه، وكذلك المرتد. قال أبو الحسن: فكان ابن يونس يقول سواء كانت يمينه بعثق عبد بعينه أو بغير عينه أنها تسقط، وقد تقدم الخلاف في ذلك. انتهى. يشير إلى ما نقله عياض، ونصه: اختلفوا في يمينه بالعتق التي أسقطها هل ذلك في غير المعين؟ وأما المعين فيلزم

الحديث

ووصية.

نص خليل

متن الخطاب كالمدير، وقيل المعين وغيره سواء. اهـ. أو يمينا بظهار وكذا الظهار المجرد عن اليمين. قال أبو الحسن: يتحصل في الظهار المجرد واليمين بالظهار ثلاثة أقوال أحدها أن ذلك لا يسقط فيهما وهو عند محمد في اليمين بالظهار فأحرى في المجرد، والثاني أن ذلك يسقط فيهما، وهو الذي حكى عياض عن بعض الشيوخ، والثالث يلزم في المجرد ولا يلزم في اليمين، وهو الذي [اختصر عليه أبو محمد المدونة، ¹⁷⁵⁶] فإذا حنث في الظهار المجرد بالوطء وتخلدت الكفارة في ذمته [فحكمه ¹⁷⁵⁷] حكم المعلق بصفة أي فيسقط، وسبب الخلاف في الظهار هل النظر إلى ما فيه من التحريم فيشبهه الطلاق، أو إلى ما فيه من الكفارة فلا يلحق بالطلاق؟. اهـ. وقال اللخمي: وليس الظهار كالطلاق؛ لأن الخطاب في الطلاق موجه إلى الزوجين، وفي الظهار يتوجه إلى الزوج خاصة. اهـ فتأمل. وظاهر الأم أن الظهار المجرد يسقط بالردة، ونصها: قال ابن القاسم والمرتد إذا ارتد وعليه أيما بالعتق وعليه ظهار وعليه أيما بالله قد حلف بها أن الردة تسقط ذلك عنه. اهـ.

فرع: وأما أيما بالطلاق فلم ينص ابن القاسم عليها في المدونة، لكن كلامه يقتضي أن مذهب ابن القاسم فيها السقوط؛ لأنه قال فيها: وإذا ارتد وعليه أيما بالله أو بعثق أو ظهار فالردة تسقط ذلك عنه، وقال غيره لا تطرح رده إحصانه في الإسلام ولا أيما بالطلاق. انتهى. وأسقطت الردة إحصانا تقدم من الزوجين في حال إسلامهما، فمن ارتد منهما زال إحصانه ولا يزول إحصان الآخر الذي لم يرتد كما يظهر من لفظ المدونة. قال في كتاب النكاح الثالث: والردة تزيل إحصان المرتد من الرجل أو المرأة [ويأتان ¹⁷⁵⁸] الإحصان إذا أحصنا، ومن زنى منهما بعد رجوعه إلى الإسلام وقبل تزوجه لم يرجم. اهـ.

فرع: قال المشذلي في حاشيته: قال ابن عرفة: لو ارتد قاصدا لإزالة الإحصان ثم أسلم فزنى فإنه يرجم معاملة له بنقيض مقصوده. انتهى. وانظر هل يحكم له بالإحصان الآن أو لا يكون محصنا؟ ولكن يعامل بنقيض مقصوده. / والله أعلم.

284

وقد ذكر في التوضيح أن من ارتد ليسقط عنه حد الزنا أنه لا يسقط. قاله ابن يونس، ونصه: سحنون: ولا تسقط الردة حد الزنا؛ لأنه لا يشاء من وجب عليه حد أن يسقط بالردة إلا أسقطه بالردة. ابن يونس: وظاهر هذا خلاف المدونة. قال: وإنما استحب إن علم منه أنه إنما ارتد ليسقط الحد قاصدا لذلك فإنه لا يسقط ذلك عنه، وإن ارتد [لغير ¹⁷⁵⁹] ذلك سقط عنه. انتهى.

ص: ووصية ش: أي وأسقطت الردة وصية صدرت من المرتد في حال رده أو قبل ذلك بخلاف تدبيره فإنه لا يبطله سواء رجع إلى الإسلام أم قتل على رده بل يخرج من ثلثه، وإن كان له أم ولد

الحديث

¹⁷⁵⁶ * - في المطبوع اقتصر عليه أبو محمد في المدونة وما بين المعقوفين وفي سيد 38 وما يابى 201 وم 91 الذي اختصر عليه أبو محمد المدونة ص 283.

¹⁷⁵⁷ * - في المطبوع حكمه يحيى 469 وما يابى 201 وم 91 وفي يم 129 وحكمه.

¹⁷⁵⁸ - في المطبوع وبانتقاء وما بين المعقوفين من ن عنود ص 283 ويحيى ص 126 وم ص 91 ويم ص 108 وما يابى 201.

¹⁷⁵⁹ * - في المطبوع بغير وما بين المعقوفين من م 91 وما يابى 201 وسيد 38 ويم 129 ويحيى 469.

نص خليل

لَا طَلَاً وَرَدُّهُ مُحَلَّلٌ بِخِلَافِ رَدِّ الْمَرْأَةِ وَأَقْرُّ كَافِرٍ انْتَقَلَ لِكُفْرٍ آخَرَ وَحُكْمٌ بِإِسْلَامٍ مَنْ لَمْ يُمَيِّزْ لَصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ بِإِسْلَامِ أَبِيهِ فَقَطُّ كَانَ مَيِّزًا إِلَّا الْمَرَاهِقَ وَالْمَتْرُوكَ لَهَا فَلَا يَجْبَرُ بِقَتْلِ إِنْ أَمْتَنَعَ وَوُقِفَ إِرْتُهُ وَإِسْلَامُ سَابِيهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَبُوهُ وَالْمُتَنَصِّرُ مِنْ كَأْسِيرٍ عَلَى الطَّوْعِ إِنْ لَمْ يَثْبُتْ إِكْرَاهُهُ وَإِنْ سَبَّ نَبِيًّا أَوْ مَلَكًا أَوْ عَرَضًا أَوْ لَعَنَهُ أَوْ عَابَهُ أَوْ قَذَفَهُ أَوْ اسْتَحَفَّ بِحَقِّهِ أَوْ غَيَّرَ صِفَتَهُ أَوْ الْحَقَّ بِهِ نَقَصًا وَإِنْ فِي بَدَنِهِ أَوْ حَصَلَتِهِ أَوْ غَضٌّ مِنْ مَرْتَبَتِهِ أَوْ وَفُورٍ عَلَيْهِ أَوْ زُهْدِهِ أَوْ أَصَافَ لَهُ مَا لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ أَوْ نَسَبَ إِلَيْهِ مَا لَا يَلِيْقُ بِمَنْصِبِهِ عَلَى طَرِيقِ الدِّمِّ أَوْ قِيلَ لَهُ بِحَقِّ رَسُولِ اللَّهِ فَلَعَنَ وَقَالَ أَرَدْتُ الْعَقْرَبَ قُتِلَ وَلَمْ يُسْتَتَبْ حَدًّا.

متن الخطاب

فتخرج من رأس ماله وما أعتقه أو أعطاه لغيره قبل رده فإنه لا يبطل، وانظر ما حكم وقفه؟ والظاهر أنه لا يبطل قياسا على العتق. والله أعلم.

ص: لا طلاقا ش: هو معطوف على قوله صلاة ويريد إذا وقع ذلك قبل الردة، والمعنى أن الردة لا تسقط ما تقدم من الطلاق. قاله في النوادر. وقال مالك وما طلق في ارتداده أو أعتق فلا يلزمه وما طلق أو أعتق قبل الردة فإنه يلزمه. انتهى. فلو طلق ثلاثا ثم أسلم لم تحل له إلا بعد زوج. نعم لو طلقها ثلاثا ثم ارتدا جميعا عن الإسلام ثم أسلما فإنه يسقط عنهما الطلاق الثلاث. قاله ابن القاسم، ونقله عنه اللخمي، ونقله المصنف في التوضيح، ونص عليه في الشامل./

285

ص: إلا المراهق والمتروك لها ش: انظر النكاح الثالث من المدونة.

ص: وإن سب نبيا إلى قوله ولم يستتب [حدا¹⁷⁶⁰] ش: قال في الشفاء: ولا تقبل توبته سواء ظهر عليه أو جاء تائبا، وقول المصنف: ["حدا¹⁷⁶¹"] يعني به أن السب ليس بردة. قال في الشفاء: وهذا إنما هو مع إنكاره لما شهد عليه به أو مع إظهاره التوبة والإقلاع عنه. قال: وأما من علم أنه سبه مستحلا له فلا شك في كفره، وكذلك إن كان سبه في نفسه كفرا كتكذيبه أو تكفيره، وكذلك من لم يظهر التوبة واعترف بما شهد به عليه وصمم فهذا كافر بقوله وباستحلاله هتك حرمة الله وحرمة نبيه قتل كفرا بلا خلاف. انتهى. ثم قال لما قرر أن ميراث الساب لورثته أن ذلك فيمن أنكر ما شهد عليه به أو اعترف به وأظهر التوبة. قال: وأما لو أقر به وتمادى على السب كان كافرا وميراثه للمسلمين، ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يكفن وتستر عورته ويوارى كما يفعل بالكفار. انتهى.

فرع: قال المشذلي في آخر النكاح الثالث عند قوله: وإذا ارتد ثم راجع الإسلام وضع عنه كل حق [لله: ¹⁷⁶²] سئل ابن عرفة عمن وقع في الجنب العلي بما يوجب قتله فلم يقتل حتى ارتد ثم راجع الإسلام هل يسقط قتله؟ فقال: الذي عندي أنه يسقط وهو ظاهر الكتاب لأنه لم يستثن إلا القذف ولو كان ثم غيره لذكره. قال المشذلي: قلت: قال عياض عن ابن القاسم ومحمد عن مالك إن من سب النبي صلى الله عليه وسلم قتل إلا أن يسلم الكافر فظاهر تخصيصه بالكافر يدل على أن المسلم لا يسقط وذكر بعده هل الحق لله أو للآدمي فهذا مناط الحكم. انتهى.

الحديث

1760 - في المطبوع حد وما بين المعقوفين من ن عود ص 285 ويحيى ص 127 وم ص 91 ويم ص 108 ومايبي 201.

1761 - في المطبوع حرا وما بين المعقوفين من ن عود ص 285 ويحيى ص 127 وم ص 91 ويم ص 108 ومايبي 201.

1762 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 285 ويحيى ص 127 وم ص 92 ويم ص 108 ومايبي 202.

مسألة: قال القرطبي في شرح مسلم: لا خلاف في وجوب احترام الصحابة وتحريم سبهم ولا يختلف في أن من قال كانوا على / كفر وضلال كافر يقتل؛ لأنه أنكر معلوما من الشرع فقد كذب الله ورسوله، وكذلك الحكم فيمن كفر أحد الخلفاء الأربعة أو ضللهم، وهل حكمه حكم المرتد فيستتاب، أو الزنديق فلا يستتاب ويقتل على كل حال؟ هذا مما يختلف فيه فأما من سبهم بغير ذلك فإن كان سبا يوجب حدا كالقذف حد حده ثم ينكل التنكيل الشديد من الحبس والتخليد فيه والإهانة ما خلا عائشة فإن قاذفها يقتل لأنه مكذب للكتاب والسنة من براءتها قاله مالك وغيره، واختلف في غيرها من أزواجه صلى الله عليه وسلم فقليل يقتل قاذفها لأن ذلك أذى للنبي صلى الله عليه وسلم، وقيل يحد وينكل على قولين، وأما من سبهم بغير القذف فإنه يجلد الجلد الموجه وينكل التنكيل الشديد. قال ابن حبيب: ويخلد في السجن إلى أن يموت، وقد روي عن مالك فيمن سب عائشة أنه يقتل مطلقا ويمكن حمله على السب بالقذف. انتهى.

وقال في الإكمال في حديث الإفك: وأما اليوم فمن قال ذلك في عائشة قتل لتكذيب القرآن وكفره بذلك، وأما غيرها من أزواجه فالمشهور أنه يحد لما فيه من ذلك [حد¹⁷⁶³] ويعاقب لغيره، وحكى ابن شعبان قولا آخر أنه يقتل على كل حال، وكأن هذا التفتت إلى أذى النبي صلى الله عليه وسلم حيا وميتا. انتهى. وقال في الإكمال أيضا: وسب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وتنقصهم أو واحد منهم من الكبائر المحرمات، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم فاعل ذلك، وذكر أن من آذاه وأذى الله تعالى فإنه لا يقبل منه صرف ولا عدل، واختلف العلماء فيما يجب عليه [فعند مالك¹⁷⁶⁴] ومشهور مذهبه إنما فيه الاجتهاد بقدر قوله والمقول فيه، وليس له في الفيء حق، وأما من قال فيهم إنهم كانوا على ضلالة وكفر فيقتل، وحكى عن سحنون مثل هذا فيمن قاله في الأئمة الأربعة قال وينكل في غيرهم، وحكى عنه يقتل في الجميع كقول مالك. انتهى. فيفهم منه أن قول مالك: إن من قال في أحد من الصحابة ولو كان غير الأئمة الأربعة: إنه على ضلالة وكفر إنه يقتل، وانظر الشفا، وقد حكى فيه الخلاف حتى فيمن كفر عليا وعثمان، والذي جزم به ابن عبد السلام الشافعي في أماليه أنه لا يكفر بذلك.

مسألة: قال الشيخ جلال الدين السيوطي في مسالك الحنفا في والدي المصطفى قال: نقلت من مجموع بخط الشيخ كمال الدين الشمني والد شيخنا الشيخ تقي الدين ما نصه: سئل القاضي أبو بكر بن العربي عن رجل قال إن أبا النبي صلى الله عليه وسلم في النار فأجاب بأنه ملعون؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأَعَدَّ لَهُمْ عَذَابًا مُهِينًا﴾ قال: ولا أذى أعظم من أن يقال في أبيه إنه في النار. انتهى بلفظه. والله أعلم.

غريبة: ذكرها صاحب كنز الراغبين العفاة في الرمز إلى المولد والوفاة، ولم أقف على اسم المصنف قال: ذكر صاحبنا الشيخ شمس الدين الملقب بالرائق خطيب مدينة بيروت وإمامها عن السيد عمر

¹⁷⁶³ - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 286 ويحيى ص 127 وم ص 92 ويم ص 109 وما يابى 202.
¹⁷⁶⁴ - في المطبوع فعبد الملك وما بين المعقوفين من الإكمال ج 7 ص 580

نص خليل

إِلَّا أَنْ يُسْلِمَ الْكَافِرُ وَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَرُدْ دَمَهُ لِجَهْلٍ أَوْ سُكْرٍ أَوْ تَهَوُّرٍ وَفِيمَنْ قَالَ لَا صَلَّى اللَّهُ عَلَى مَنْ صَلَّى عَلَيْهِ جَوَابًا لِصَلٍّ أَوْ قَالَ الْأَنْبِيَاءُ يَتَّهَمُونَ جَوَابًا لِتَتَّهَمُنِي أَوْ جَمِيعُ الْبَشَرِ يَلْحَقُهُمُ النِّقْصُ حَتَّى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَوْلَانِ وَاسْتَتِيبَ فِي هُزْمٍ أَوْ أَعْلَنَ بِتَكْذِيبِهِ أَوْ تَنَبَّأَ إِلَّا أَنْ يُسِرَّ عَلَى الْأَظْهَرِ وَأَدَبَ اجْتِهَادًا فِي أَدِّ وَاشْكُ لِلنَّبِيِّ أَوْ لَوْ سَبَّنِي مَلَكٌ لَسَبَّتُهُ أَوْ يَا ابْنَ الْفِ كَلْبٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ غَيْرَ بِالْفَقْرِ فَقَالَ تُعِيرُنِي بِهِ وَالنَّبِيُّ قَدْ رَعَى الْغَنَمَ أَوْ قَالَ لِعُضْبَانٍ كَأَنَّهُ مُنْكَرٌ أَوْ مَالِكٌ أَوْ اسْتَشْهَدَ بِبَعْضِ جَائِزٍ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا حُجَّةٌ لَهُ أَوْ لِغَيْرِهِ أَوْ شَبَّهَ لِنَقْصٍ لِحَقِّهِ لَا عَلَى النَّاسِي كَانَ كَذَبْتُ فَقَدْ كَذَّبُوا أَوْ لَعَنَ الْعَرَبُ أَوْ بَنِي هَاشِمٍ وَقَالَ أَرَدْتُ الظَّالِمِينَ وَشَدَّدَ عَلَيْهِ فِي كُلِّ صَاحِبٍ فُنْدُقُ قَرْنَانٍ وَلَوْ كَانَ نَبِيًّا وَفِي قَبِيحٍ لِأَحَدٍ ذُرِّيَّتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَعَ الْعِلْمِ بِهِ كَانَ انْتَسَبَ لَهُ أَوْ احْتَمَلَ قَوْلُهُ أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ عَدْلٌ أَوْ لَفِيفٌ فَعَاقَ عَنِ الْقَتْلِ أَوْ سَبَّ مَنْ لَمْ يُجْمَعْ عَلَيْهِ نُبُوتُهُ أَوْ صَحَابِيًّا وَسَبَّ اللَّهُ كَذَلِكَ وَفِي اسْتِتَابَةِ الْمُسْلِمِ خِلَافٌ كَمَنْ قَالَ لَقِيتُ فِي مَرْضِي مَا لَوْ قَتَلْتُ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ لَمْ أَسْتَوْجِبْهُ.

الحضرمي من أهل بيروت أنه اجتمع [برافضي¹⁷⁶⁵] من أهل جبل عامله فقال له الرافضي نحن نبغض أبا بكر لتقدمه في الخلافة على علي، ونبغض جبريل لأنه نزل بالرسالة على محمد ولم ينزل على علي، ونبغض محمدا صلى الله عليه وسلم لأنه قدم أبا بكر في النيابة عنه في الصلاة ولم يقدم عليا، ونبغض عليا لسكوته عن طلب حقه من أبي بكر وهو قادر عليه، ونبغض الله لأنه أرسل محمدا ولم يرسل عليا، وهذا أقبح ما يكون من الكفر الذي ما سمع بمثله والعياذ بالله. قال: وذكر ابن بشكوال بسنده إلى محمد بن عمر بن يونس قال: كنت بصنعاء فرأيت رجلا والناس حوله مجتمعون عليه فقلت ما هذا قالوا هذا رجل كان يؤم بنا في شهر رمضان وكان حسن الصوت بالقرآن فلما بلغ ﴿إِنْ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يَصْلُونَ عَلَى النَّبِيِّ﴾ قال إن الله وملائكته يصلون على علي النبي ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا/ صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [فخرس¹⁷⁶⁶] وجذم وبرص وعمي وأقعد مكانه. انتهى.

ص: **إِلَّا أَنْ يُسْلِمَ الْكَافِرُ ش:** انظر ما نقله الأبي عن ابن عرفة، وأظنه في كتاب الإيمان في حديث أسامة¹.

متن الخطاب

287

ص: **وَاسْتَتِيبَ فِي هُزْمٍ ش:** وقال القرطبي في شرح مسلم: ومن قال إنه فر أو هزم قتل ولم يستتب لأنه صار بمنزلة من قال إنه كان أسود أو ضخما فأنكر ما علم من وصفه وذلك كفر لأنه قد أضاف إليه نقضا وعيبا، وقيل يستتاب فإن تاب وإلا قتل. انتهى.

ص: **وَأَدَبَ اجْتِهَادًا فِي أَدِّ وَاشْكُ لِلنَّبِيِّ ش:** تصوره ظاهر من كلام الشارح.

مسائل: من فتاوى الشيخ سراج الدين/ البلقيني والشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي تتعلق بشيء من معنى هذا الباب سئل البلقيني عن رجل أمسك غريما له، وقال لو وقف عزرائيل قابض

288

الأرواح ما سيبته إلا بحكم الشرع/ فأجاب إذا كان مراده لو وقف لقبض روجي ما سيبته فلا يجب

289

1- مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 158.

الحديث

1765 - في المطبوع برافض وما بين المعقوفين من يحيى 470 وسيد 38 وليم 130 وما يابى 203 وم 92.

1766 - في المطبوع وما يابى 203 فخرص (ويم ص 109 حرس وجزم) (ويحيى خرص ص 127 وجذم) وما بين

المعقوفين من ن عدود ص 287 وم ص 92.

متن الخطاب عليه شيء؛ لأنه إنما صدر ذلك بالنسبة إلى ما يتعلق بذلك، ومعنى لا أسيبه ولو في ذلك ذهاب الروح، وهذا لا يتعلق بالملك صلى الله عليه وسلم. [انتهى. 1767]

قلت: وأما لو قصد الاستخفاف بذلك فالظاهر أنه يؤدي كما ذكره في الشفا، وأشار إليه الشيخ بقوله: "لو سبني ملك [لسببته]"،¹⁷⁶⁸ وسئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي ما تقول في رجل قال في ملا من الناس، وقد تكلم في حقيقة الفقير فقال الفقير الذي لا حاجة له إلى الله فهل في إطلاق هذا القول شيء أم لا؟ وهل إذا ذكر لذلك تأويلا محتملا ولو على بعد أيقبل ذلك منه أو لا؟ فأجاب يعزر على ذلك تعزيرا بليغا رادعا ويجدد إسلامه، ولا يقبل تأويله في هذا القول لما فيه من سوء الأدب والرد على قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنْتُمُ الْفُقَرَاءُ إِلَى اللَّهِ﴾ وهذا القول إن لم يكن كفرا فهو قريب من الكفر، فلا أكثر الله من هذه الشياطين المضلين، ويجب على ولي الأمر أن يبالغ في ردع هذا الخبيث المجترئ على رب العالمين. اهـ.

قلت: لعله تردد في كون هذا اللفظ كفرا لكون قائله ذكر له تأويلا، وأما من اعتقد معنى هذا اللفظ فلا شك أنه كافر مرتد مكذب للقرآن. والله أعلم. وسئل البلقيني عن رجل ظلمه مكاس ظلما كثيرا فقال الرجل الذي يكتبه فلان المكاس ما [يمحوه]¹⁷⁶⁹ ربنا ما يلزمه؟ فأجاب إذا لم يقصد بذلك عدم تعلق قدرة الرب به فإنه لا يكفر سواء قصد أن المكاس شديد البأس يصمم على ما يكتب أو لم يقصد ذلك، فإن قصد أن ربنا لا يقدر على محوه فإنه يكفر ويستتاب، فإن تاب وإلا ضربت عنقه، وسئل عن مسلم قال لذي في عيد من أعيادهم عيد مبارك عليك هل يكفر أم لا؟ فأجاب إن قاله المسلم للذي على قصد تعظيم دينهم وعيدهم فإنه يكفر، وإن لم يقصد ذلك وإنما جرى ذلك على لسانه فلا يكفر لما قاله من غير قصد. وسئل عن رجل يدعي أنه إذا غضب على أحد أصيب في بدنه أو منصبه لأجل غضبه فقال له رجل لو سمع الله منك لأخرب السموات والأرض؛ يعني لو قبل دعاءك فهل يجب على قائل هذا الكلام شيء وماذا يجب على من قال له كفر بهذا الكلام؟

فأجاب لا يجب على قائل ذلك شيء، ومن رماه بكفر أو غيره بالتأويل زجر عن ذلك، ويعرف أن معنى ذلك موجود في كتاب الله في قوله: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ﴾ ويجب عليه أن يتوب عما صدر منه وسئل عن رجل يصبح كل يوم يشتغل بالناس ويجعلهم في غير الإسلام ويقول بعد ذلك إذا أكلت العلماء الرشا أكلت الناس الحرام، وإذا أكلت العلماء الحرام كفرت الناس، ويذكر أنه وقتنا هذا فعوتب في ذلك فقال ما قلته من عندي. قاله الفقيه حسين المغربي. فأجاب قد ارتكب المذكور كبائر بجعل المسلمين في غير الإسلام وبما ذكره عن العلماء وعن كفر الناس، وبذكره

1767 - ساقطة من المطبوع ويحيى ص128 ويم ص109 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289 وم ص92 ومايبي203.

1768 * - في المطبوع سببته وما بين المعقوفين من سيد39 ومايبي203.

1769 - في المطبوع يمحيه وما بين المعقوفين من ن ز ص289.

أنه وقتنا وقد كذب في ذلك كله وافترى فدين الإسلام بحمد الله قائم، والأمة المحمدية لا تزال¹ طائفة منهم قائمة على الحق حتى يأتي أمر الله، وأن الله تعالى يبعث للأمة المحمدية على رأس كل مائة عام من يجدد لها أمر دينها²، ويجب على هذا الرجل التعزيز البليغ الزاجر له ولأمثاله عن هذه الأمور الباطلة، ويبادر إلى التوبة، فإذا ظهر من حسين المغربي شيء من ذلك فإنه يعزر. انتهى. قلت: وما ذكره كلام لا معنى له فإنه يقتضي أن الرشا أخف من الحرام، وقد قال العلماء إن الرشا أخبث من الحرام وإنها السحت.

وسئل عن [رجل¹⁷⁷⁰] قال في ميعاده: إن الله تعالى يقول إن من عبادي من لا يوافقه إلا الفقر ولو أغنيته لفسد الحديث، وفي آخره ومراد الحق من الخلق ما هم عليه فأنكر عليه رجل صحة هذا الحديث فهل الحديث مروي؟ وما معنى قوله ومراد الحق من الخلق ما هم عليه؟ فأجاب هذ أثر مروي، ومعناه صحيح ولا يترتب على قائله شيء، ومعناه أن كل ما يفعله الخلق وما اشتملوا عليه من هدي وغي من خلق الله وإرادته، وهذا اعتقاد أهل السنة.

وسئل الشيخ/ عز الدين عن الرجل يذكر فيقول الله الله ويقتصر على ذلك هل هو مثل قوله سبحانه الله والحمد لله والله أكبر وما أشبه ذلك أم لا، وإذا لم يكن بمثابته فهل هو بدعة لم تنقل عن السلف أم لا؟ فأجاب هذه بدعة لم تنقل عن الرسول ولا عن أحد من السلف وإنما يفعله الجهلة، والذكر المشروع كله لا بد أن يكون جملة فعلية أو اسمية، وهو مأخوذ من الكتاب والسنة وأذكار الأنبياء والخير كله في اتباع الرسول واتباع السلف الصالحين دون الأغبياء من الجاهلين. انتهى. وسئل البلقيني عن جماعة يذكرون وفي أثناء ذكرهم يقولون محمد محمد ويكررون الاسم الشريف ويقولون آخر ذلك محمد مكرم معظم هل يكون ذلك ذكرا يؤجرون عليه وهل فيه إساءة؟ وهل ورد في ذلك شيء من كتاب أو سنة؟

فأجاب لم يرد بذلك آية ولا خبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا أثر عن الصحابة ولا عن التابعين ولا عن الفقهاء بعدهم ولا ذلك من الأذكار المشروعة، ولا يؤجرون على ذلك وهم مبتدعون شيئاً قد يقعون به في إساءة الأدب، وأما [قولهم¹⁷⁷¹] [محمد مكرم¹⁷⁷²] معظم فهذا ليس كالذي قبله وهو إخبار بالواقع، ولم يرد فيه ما يقتضي أن يكون مطلوباً، والقياس على ما نهى الله عنه في قوله تعالى: ﴿لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضاً﴾ وقوله تعالى: ﴿ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض﴾ وما طلب من الأدب منهم في حق النبي صلى الله عليه وسلم يقتضي النهي عن ذلك. انتهى.

1 - لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم كذلك، مسلم في صحيحه، دار إحياء التراث العربي 1972، رقم الحديث 1920. وهو في البخاري، كتاب المناقب، رقم الحديث 3641.
2- أبو داود في سننه، كتاب الملاحن، رقم الحديث 4291.

1770 * - في المطبوع الرجل والمثبت من يحيى 471 وميaby 204 ويم 130 وم 93.

1771 - في المطبوع قوله محمد محمد مكرم معظم (يم ص 109 وأما قولهم محمد محمد معظم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 290 وميaby 204.
1772 - في المطبوع محمد محمد مكرم (يحيى ص 128 وأما قولهم محمد محمد مكرم معظم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 290 وميaby 204 (محمد بمحمد مكرم).

نص خليل باب الزنا وطه مكلف مسلم فرج آدمي.

متن الخطاب قلت: قوله: وأما قولهم [محمد مكرم¹⁷⁷³] معظم يعني من غير تكرير للاسم الشريف، وما قاله ظاهر، ومثل هذا قول كثير من العامة صلوا على محمد.

فصل في بيان حد الزنا وما يتعلق به

ص: الزنا وطه مسلم مكلف الخ ش: قال أبو الحسن: قال القاضي عياض: الزنا يمد ويقصر، فمن مده ذهب إلى أنه فعل من اثنين كالمقاتلة والمضاربة [فمصدره¹⁷⁷⁴] [قتال،¹⁷⁷⁵] ومن قصره جعله اسم الشيء بنفسه، وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشيء الضيق. اهـ. وانظر هذا الكلام فإني لم أجده في التنبيهات؛ لأنني لم أجده في نسختي من كتاب الحدود وفي الزنا المترجم له في بعض النسخ [بكتاب¹⁷⁷⁶] الرجم كما قاله أبو الحسن، فما أدري سقط هذا الكلام من نسختي أو من جميع النسخ، ولعل هذا الكلام من الإكمال أو من المشارك. قال النووي: وإذا مد كتب بالألف، وإذا قصر كتب بالياء. قاله في كتاب بيان لغات المذهب، والقصر لغة الحجاز، وبها جاء القرآن، والمدلغة تميم. قاله في المحكم وغيره. قال الجزولي في شرح الرسالة بعد ذكر الكلام السابق عن عياض: وهل ضيق المحل أو ضيق الحكم فيه يحتمل.

قال الجزولي: وحضرت خصمين تحاكما قال أحدهما: قال لي يا ابن المقصور والممدود فجلده القاضي لأن هذا تعريض. انتهى. وقال الزناتي: وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشيء الضيق؛ لأن الزاني ضيق على نفسه من حيث أخرج نطفته إخراجا لا ينسب إليه، ولأنه ضيق على نفسه في الفعل إذ لا يتصور في كل موضع؛ فلا بد من التماس خلوة وتحفظ وضيق على نفسه فيما اكتسبه من إثم تلك الفعلة. قال ابن القوطية: زنى الرجل على غيره زنوءا وزنا ضيق عليه، وزنا الشيء ضاق أو قصر، وزنى [الحبل¹⁷⁷⁷] ضعف، وزنى إلى الشيء نحا، وزنى الرجل بوله زنوءا حقنه، وزنى البول احتقن، وفي الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة والمصلي زنا. انتهى.

تنبيهات: الأول: لا يرد على المصنف أنه لا يصدق ما ذكره من الحد إلا على الرجل فقط فلا يشمل الزانية بل هو شامل لها لأنه قال وطه، والوطه مصدر لا يمكن وقوعه إلا بين اثنين، فيدل على أن كل واحد منهما يشترك له من الوصف فيقال زان وزانية. والله أعلم.

الثاني: الذي يظهر أن مراد المؤلف أن يحد [الزنى¹⁷⁷⁸] الموجب للحد في الشرع، لا كل ما يصدق

291

الحديث

1773 - في المطبوع محمد ومايابى 204 (محمد بمحمد مكرم) (وم ص 93 وأما قولهم محمد محمد معظم) وما بين المعقوفين من ن ذي وعود ص 290.

1774 - في المطبوع فمصدره وم ص 110 (ويحيى ص 128 ممدوده) وما بين المعقوفين من ن عود ص 290 وم ص 93 ومايابى 205.

1775 - في المطبوع قتالا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1776 - في المطبوع باب وما بين المعقوفين من ن عود ص 290 وم ص 93 ويحيى ص 129 وم ص 110 ومايابى 205.

1777 - في المطبوع الجبل (ويحيى ص 129 الجبل ضعف) (ويم ص 110 وم ص 93 زنى في الجبل) وما بين المعقوفين من ن عود ص 290 ومايابى 205.

1778 - في المطبوع للزنا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل

لَا مَلِكَ لَهُ فِيهِ بِاتِّفَاقٍ تَعَمُّدًا وَإِنْ لَوَاطًا أَوْ إِتْيَانًا أَجْنَبِيَّةً بِدُبُرٍ أَوْ إِتْيَانًا مَيْتَةً غَيْرَ زَوْجٍ أَوْ صَغِيرَةٍ يُمَكِّنُ وَطُؤَهَا أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ لَوُطٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ مَمْلُوكَةٍ تَعْتِقُ أَوْ يَعْلَمُ حُرِّيَّتَهَا أَوْ مُحَرَّمَةٍ بِصَهَرٍ مُؤَبَّدٍ أَوْ خَامِسَةٍ.

متن الحطاب

عليه زنا في اللغة وإن كان كذلك، فيرد عليه أنه ليس بجامع لخروج تمكين المرأة من نفسها مجنوناً، فإنها زانية كما سيأتي، ولا يصدق عليها التعريف المذكور، وكذا تمكينها كافراً من نفسها، وانظر البساطي فإنه قد أشار إلى ذلك، ويرد عليه أنه غير مانع أيضاً لدخول وطء الرجل الصغيرة التي لا يمكن وطؤها فتأمل. والله أعلم.

الثالث: قال مطرف كان مالك يرى فيمن [ابتز¹⁷⁷⁹] جارية [أو غلاماً¹⁷⁸⁰] من دار والناس ينظرون حتى تغيب عليها أو عليه فلا يدري ما فعل أن يضرب الثلاثمائة والأربعمائة، بكراً كان أو ثيباً، وكان الحكام يحكمون بذلك عندنا بمشورة مالك.

ص: لا ملك له فيه ش: هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال في التوضيح: المراد بالملك التملك الشرعي أو شبهه. اهـ. فيدخل فرج مملوكه الذكر لأنه لا تسلط له على فرجه في الشرع، ويخرج منه وطء الرجل جارية ابنه لأن له شبهة الملك، ونحوه قول ابن عرفة: الزنا الشامل للواط مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حلية عمداً. فتخرج المحللة ووطء الأب أمة ابنه لا زوجته. اهـ. ص: تعمداً ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر.

فرع: قال ابن الفرس في سورة النور: واختلفوا في المرأة إذا استدخلت ذكر نائم فقال مالك عليها الحد، وقال أبو حنيفة لا حد عليها، وحجة مالك أن هذا زنى فهو داخل تحت العموم. انتهى. ص: باتفاق ش: مخرج للأنكحة الفاسدة ولوطئه زوجته أو أمته في دبرها فإنه ليس بزنى ولا حد عليه في ذلك، لأنه قد قيل بإباحته، وإن كان القول بذلك شاذاً أو ضعيفاً ويجب عليه الأدب على المعروف.

ص: أو محرمة بصهر ش: ظاهر كلامه أنه إذا وطئ مملوكته المحرمة عليه بالصهر يحد وليس كذلك، فيحمل كلامه على ما إذا تزوج المحرمة عليه بالصهر. قال ابن الحاجب: لا ملك له فيه يخرج الحلال والحائض والمحرمة والصائمة والمملوكة المحرمة بنسب لا [يعتق¹⁷⁸¹] أو صهر أو رضاع أو شركة أو عدة أو تزويج [والمتزوجها¹⁷⁸²] هو في عدتها على الأصح. ثم قال: أما لو وطئ بالملك من يعتق عليه أو نكح محرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد [ووطئها¹⁷⁸³] فإنه يحد. قال في التوضيح: وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالماً بالتحريم. اهـ. وقال في التوضيح فيما إذا وطئ مملوكته المحرمة بنسب لا [يعتق¹⁷⁸⁴] أو بصهر أو رضاع إنه لا يحد ولو كان عالماً بالتحريم؛ نعم

الحديث

1779 - في المطبوع استخرج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في النوار ج 14 ص 314.

1780 - في المطبوع وغلماً وما بين المعقوفين من ن ز ص 291 ويحيى 472 وم 131.

1781 - في المطبوع بعث وما بين المعقوفين من م 93 وسيد 39 ويم 131.

1782 - في المطبوع وللمتزوجها (يم ص 110 ويمزوجها) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 290 ويحيى ص 129 وم ص 93 ومايبي 206.

1783 - في المطبوع ووطئها ويم ص 110 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 291 ويحيى ص 129 وم ص 93 ومايبي 206.

1784 - في المطبوع بعث وما بين المعقوفين من م 93 وسيد 39 ويم 131.

نص خليل

أَوْ مَرْهُونَةٍ أَوْ ذَاتِ مَعْنَمٍ أَوْ حَرَبِيَّةٍ أَوْ مَبْتُوتَةٍ وَإِنْ بَعْدَهُ وَهَلْ وَإِنْ أَبَتْ فِي مَرَّةٍ تَأْوِيلَانَ.

متن الخطاب

يؤدب وإذا حملت منه من هي محرمة عليه عتقت عليه، وفي سماع عيسى لا تعتق، وأما إن لم تحمل فروي عن ابن القاسم أنها تباع خوفاً من أن يعاود. زاد في المدونة في كتاب القذف: ويلحق به الولد.

ص: أو مرهونة ش: أطلق هنا في وجوب الحد ومراده إن وطئ بغير إذن الراهن اعتماداً على ما قدمه في الرهن وعلى ما ذكره هنا في الأمة المحللة؛ لأنه إذا أذن الراهن في ذلك صارت محللة. والله أعلم.

292

ص: أو مبتوتة وإن بعدة وهل وإن بت في مرة تأويلان ش: يعني أن الإنسان إذا طلق زوجته البتة أو طلقها ثلاثاً ثم وطئها دون عقد أو عقد عليها قبل أن تتزوج زوجها غيره ووطئها فإنه يحد، سواء وقع ذلك وهي في عدة أو بعد فراغ العدة يريد إذا كان عالماً بالتحريم، وأما إن كان يجهل التحريم فإنه لا حد عليه إذا كان مثله يجهل ذلك كما سيقوله المصنف بعد في قوله: "أو الحكم إن جهل مثله" فإنه راجع إلى جميع ما ذكر أنه يحد فيه كما صرح به المصنف في التوضيح وغيره؛ أعني رجوعه لجميع ما تقدم، وأما قول المصنف بعد هذا: "بلا عقد" فإنما هو راجع إلى قوله: "أو مطلقة قبل البناء أو معتقة" كما صرح به الشارح ولا يرجع لمسألة المبتوتة.

قال ابن الحاجب: أما لو وطئ بالملك من يعتق عليه، أو نكح المحرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد ووطئها أو طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة، أو تزوجها قبل زوج ووطئها، أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها بغير تزويج أو أعتق أمة ثم وطئها فإنه يحد. قال في التوضيح: قوله أو طلق امرأته ثلاثاً، ظاهره سواء كان بلفظ الثلاث أو البتة، وسواء كان الثلاث مجتمعات أو متفرقات، وهو ظاهر المدونة، وقال أصبغ في البتة لا يحد عالماً كان أو جاهلاً، لقوة الخلاف في البتة هل هي واحدة أم لا؟ وقال في المطلقة ثلاثاً مثل ما في المدونة، إلا أنه قال في الجاهل [إنه¹⁷⁸⁵] لا يحد استحساناً، وتأول صاحب تهذيب الطالب قوله في الثلاث على أنها مفترقات قال: وأما إن كانت في لفظ واحد فلا حد عالماً كان أو جاهلاً للاختلاف فيها.

وقال غيره إن هذا التأويل على أصبغ ظاهر المدونة خلافه، وأنه لا فرق في الثلاث بين أن تكون مفترقات أو مجتمعات، لضعف قول من قال بإلزامه الواحدة في الثلاث، وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالماً بالتحريم، وأما الجاهل بالحكم فلا كما سيأتي من كلام المصنف. اهـ كلام التوضيح. وتحصل منه أنه إذا طلقها ثلاثاً مفترقات ثم وطئها دون عقد، [أو عقد¹⁷⁸⁶] عليها قبل زوج ووطئها فإنه يحد، وأما إن كانت التطبيقات مجتمعات في كلمة واحدة فتأويل عبد الحق على قول أصبغ أنه لا يحد، وأن قوله مثل ما في المدونة مراعاة لقول من يقول إنها واحدة إذا كانت في كلمة فتكون كالمطلقة الواحدة الرجعية فلا يحد، كما لو طلق الرجل مطلقة رجعية ثم وطئها في العدة فإنه لا يحد،

الحديث

1785 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص292 ويحيى ص129 ويم ص110 وم ص94 وما يابى 206.

1786 - في المطبوع وعقد ويحيى ص129 ويم ص110 وم ص94 وما بين المعقوفين من ن عدود ص292 وما يابى 206.

نص خليل

أَوْ مُطْلَقَةً قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ مُعْتَقَةً بِلَا عَقْدٍ كَأَنْ يَطَاهَا مَمْلُوكُهَا أَوْ مَجْنُونٌ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يَجْهَلَ الْعَيْنَ أَوْ الْحُكْمَ إِنْ جَهَلَ مِثْلُهُ إِلَّا الْوَاضِحَ لَا مُسَاحَقَةً وَأَدَبَ اجْتِهَادًا كَبْهِيمَةٍ وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الذَّبْحِ وَالْأَكْلِ وَمَنْ حَرَّمَ لِعَارِضٍ كَحَائِضٍ أَوْ مُشْتَرَكَةٍ أَوْ مَمْلُوكَةٍ لَا تَعْتَقُ أَوْ مُعْتَدَّةٍ أَوْ بِنْتٍ عَلَى أُمٍّ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَوْ أَخْتٍ عَلَى أُخْتِهَا وَهَلْ إِلَّا أَخْتِ النَّسَبِ لِتَحْرِيمِهَا بِالْكِتَابِ تَأْوِيلًا وَكَامَةً مُحَلَّلَةً وَقُومَتٍ وَإِنْ أَبَيَا.

متن الخطاب

وهو أحد التأويلين اللذين أشار إليهما المؤلف، وتأويل غيره أنه يحد، وهو ظاهر المدونة كما سيأتي، فكان ينبغي للمؤلف أن يقتصر عليه، هذا إذا تلفظ بالثلاث، وأما إن تلفظ بالبتة فظاهر المدونة لزوم الحد كما تقدم، وقال أصبغ لا يحد، ووجهه ما تقدم في توجيه الثلاث في كلمة واحدة. قال في أوائل كتاب القذف من المدونة: ومن تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثا أو البتة قبل أن تنكح زوجها غيره أو أخته من الرضاع أو النسب أو من ذوات محارمه عامدا عارفا بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد؛ إذ لا يجتمع الحد وثبوت النسب. انتهى. ثم قال بعده: ومن طلق امرأته قبل البناء طلاقا واحدة ثم وطئها بعد الطلاق وقال ظننت أنه لا [بيئتها] ¹⁷⁸⁷ [مني] ¹⁷⁸⁸ إلا الثلاث فلها صداق واحد ولا حد عليه إذا عذر بجهل، ولو طلقها بعد البناء ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال ظننت ذلك يحل لي فإن عذر بالجهالة لم يحد، وكذلك من تزوج خامسة أو أخته من الرضاة وعذر بالجهالة في التحريم لم يحد. انتهى.

تنبيهات: الأول: علم من هذا أن قول المصنف في النكاح: "أو مبتوتة قبل زوج" إنما تكلم فيه على تأبيد التحريم وعدمه فذكر أنه لا يتأبد تحريمها، وأما الحد وعدمه فلم يتعرض له فيفصل فيه بين العالم والجاهل.

الثاني: قوله في المدونة: البتة بعد الثلاث زائد. قاله أبو الحسن.

الثالث: تقدم في باب الاستلحاق المسائل التي يجتمع فيها الحد ولحوق الولد. والله أعلم.

ص: أو مطلقة قبل البناء أو معتقة بلا عقد ش: يعني أن من طلق زوجته قبل البناء ثم وطئها دون تجديد عقد فإنه يحد إلا أن يعذر بجهل ويكون مثله يجهل ذلك، وكذلك من أعتق أمة ثم وطئها دون عقد عليها فإنه يحد إلا أن يعذر بجهل، وقد تقدم نص المدونة في ذلك، ونصها أيضا في اختصار ابن أبي زيد: ومن تزوج خامسة أو أخته من الرضاة. قال ابن حبيب عن أصبغ أو أخته من النسب: قال ابن القاسم: أو غير الأخت من ذوات المحارم أو طلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها في العدة أو أعتق أم ولده ثم وطئها في العدة منه فإن ادعى في جميع هؤلاء الجهالة بالتحريم ومثله يجهل ذلك. قال أشهب: مثل الأعجمي وشبهه فلا حد عليه وإن كان عالما ولم يعذر بجهل حد ولم يلحق به الولد. قال ابن القاسم: وما درأت فيه الحد ألحقت فيه الولد وليس عليه للتي وطئ بعد الطلاق البائن أو العتق المبتل صداق مؤتلف وذلك داخل في الملك الأول كمن وطئ بعد حنثه منها ناسيا ليمينه أو لم يعلم بحنثه. انتهى من كتاب الرجم. وانظر النوادر في ترجمة من تخالغ على أنها إن طلبت ما أعطته عادت زوجة. والله أعلم.

ص: أو معتدة ش: سواء وطئها بالملك أو بالنكاح على المشهور.

293

الحديث

1787 - في المطبوع وما يابى 207 بيتها وما بين المعقوفين من يحيى 130 ويم 111 وم 94 وأقره الشيخ محمد سالم.

1788 * - في المطبوع منه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في م 94.

نص خليل

أَوْ مُكْرَهَةً أَوْ مَبِيعَةً بَغْلَاءٍ وَالْأَظْهَرُ وَالْأَصَحُّ كَانَ ادَّعَى شِرَاءَ أَمَةٍ وَنَكَلَ الْبَائِعُ وَحَلَفَ الْوَاطِئُ وَالْمُخْتَارُ أَنَّ الْمُكْرَهَةَ كَذَلِكَ وَالْأَكْثَرُ عَلَى خِلَافِهِ وَيَثْبُتُ بِإِقْرَارِ مَرَّةٍ إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ مُطْلَقًا أَوْ يَهْرُبَ وَإِنْ فِي الْحَدِّ وَبِالْبَيِّنَةِ فَلَا يَسْقُطُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسَوَةٍ بِبِكَارَتِهَا وَيَحْمَلُ فِي غَيْرِ مُتَزَوِّجَةٍ وَذَاتِ سَيِّدٍ مُقَرَّبٍ بِهِ وَلَمْ يَقْبَلْ دَعْوَاهَا الْغَضَبَ يَلَا قَرِينَةً يُرْجَمُ الْمَكْلَفُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ إِنْ أَصَابَ بَعْدَهُنَّ بِنِكَاحٍ لِأَزْمِ صَحِّ بِحِجَارَةٍ مُعْتَدِلَةٍ وَلَمْ يَعْرِفْ بَدَاءَةَ الْبَيِّنَةِ ثُمَّ الْإِمَامُ.

متن الخطاب 294 ص: أو مكرهه ش: تصويره ظاهر./

فرع: قال في الطراز في أواخر الجزء الثالث في ترجمة تفسير الطلاق وما يلزم من ألفاظه: قال ابن عبد الغفور: ويقال إن عبد الله بن عيسى سئل عن جارية بكر زوجها [أبوها]¹⁷⁸⁹ فابتنى بها زوجها فأنت بولد لأربعة أشهر فذكر ذلك لها فقالت إني كنت نائمة فانتبهت لبلل بين فخذي، وذكر الزوج أنه وجدها عذراء، فأجاب فيها إنه لا حد عليها إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ النكاح، ولها المهر كاملا، إلا أن تكون علمت بالحمل وغرت فلها قدر ما استحل منها. انتهى من الاستغناء. اهـ كلام الطراز.

ص: وثبت بإقراره [وإن]¹⁷⁹⁰ مرة إلا أن يرجع مطلقا ش: أي سواء رجع إلى ما يعذر به أو أكذب نفسه من غير أن يبدي عذرا. قال الشارح: وإليه أشار بالإطلاق، فإن أنكر الإقرار فإن إنكاره كتكذيب نفسه على قول ابن القاسم الذي مشى عليه المؤلف إنه يقبل رجوعه ولو كان لغير شبهة.

قاله في التوضيح في باب الزنى وفي باب الشهادات. والله أعلم./ 295

ص: [يرجم]¹⁷⁹¹ المكلف الحر المسلم إن أصاب بعدهن بنكاح لازم صحيح ش: هذه شروط الرجم، ويعني أن الرجم إنما يكون بشرط كون الزاني مكلفا أي عاقلا بالغاً حراً مسلماً أصاب أي وطئ بعدهن أي بعد حصول هذه الصفات له بنكاح أي في نكاح لازم صحيح؛ يريد إصابة صحيحة فلا رجم على مجنون ولا على غير بالغ ولا على عبد ولا على كافر ولا على من لم يتزوج أو تزوج [ولم يطأ أو تزوج]¹⁷⁹² ووطئ في نكاح غير لازم كالنكاح الذي فيه خيار كنكاح العبد ذي العيب أو تزوج ووطئ في نكاح فاسد يفسخ قبل البناء وبعده أو تزوج ووطئ وطئاً غير صحيح، وهو الوطء الممنوع كالوطء في الحيض والنفاس والإحرام والاعتكاف. والله أعلم.

تنبيه: قال في النوادر: قال محمد: وإن تأيمت المرأة بعد إحصانها أو الرجل أو كانا على نكاحهما فقد وجب عليهما الإحصان، وصرح بذلك أيضا في مختصر الوقار.

ص: ولم يعرف بداءة البيينة ثم الإمام ش: انظر لم لم يتعرض المصنف إلى حضور جماعة للحد،

الحديث

1789 - ساقط من المطبوع وما يابى 207 ويحيى ص 130 ويم ص 111 وم ص 94 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 292.

1790 - ساقط من المطبوع وما يابى 207 (ويحيى ص 130 بإقراره) (ويم ص 111 بإقراره) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 294 (وم ص 94 بإقراره).

1791 * - في المطبوع ويرجم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1792 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 ويحيى ص 130 ويم ص 111 وم ص 94 وما يابى 208.

وقد قال الله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ وقال ابن عرفة في باب اللعان: وفيها بمحضر من الناس. ابن محرز: لأنه حكم إمام بما فيه حقوق كثيرة فوجب أن [يحضره¹⁷⁹³] من يشهد عليه؛ لقوله تعالى في الزانيين: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ وأقلها عند مالك أربعة. انتهى. وقال ابن العربي في آية النور: المراد بالآية توبيخ الزناة والتغليظ عليهم ليرتدعوا؛ لأنه كلما كثرت الطائفة [في حضورهم¹⁷⁹⁴] كان أغلظ، واختلف في أقل ما يجزى فقال الحسن عشرة، وقال ربيعة ما زاد على الأربعة، وقيل أربعة. ذكره جماعة عن المذهب، وهو قول أبي زيد، ورأى أن هذا كشهادة الزنا، وقال عطاء والزهري ثلاثة، وقيل [اثنان،¹⁷⁹⁵] وحكى بعضهم ذلك عن عطاء، وهذا قول مالك المشهور وقيل يجزى الواحد. اهـ.

وقال ابن بكير في أحكامه التي رواها عن مالك: قال مالك: الطائفة هاهنا أربعة يحضرون جلد الزاني البكر ليعلم أنه محدود في الزنى، فإن قذفه قاذف لم يحد لأنه ثبت أنه محدود في زنى ولا يجزى في ذلك دون أربعة شهداء، وقال في الجواهر في باب اللعان: يحضر أربعة فأكثر لقوله تعالى في الزنى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ فيحضرون هنا بجامع التغليظ ولأن قطع الأنساب وفساد الأعراس أمر عظيم فيغلظ في سببه. انتهى. ونقله في الذخيرة.

وقال القاضي عبد الوهاب في المعونة: وينبغي للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول لقوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾، وكذلك السيد في إقامة الحد على عبده وأمه، والطائفة أربعة فصاعداً، والفائدة في ذلك أنه إن قذفه [قاذف¹⁷⁹⁶] [وطالب¹⁷⁹⁷] بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك [بإحضار¹⁷⁹⁸] من شهد حده. انتهى. وقال في التلقين: وينبغي للإمام إحضار طائفة من المؤمنين للحد وأقلهم أربعة ممن تقبل شهادتهم. اهـ. ونحوه في الجلاب، وقال في مختصر عيون المجالس: يستحب للإمام أن يحضر في إقامة الحد في الزنى طائفة من المؤمنين كما قال تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ والطائفة عندنا وعند أبي حنيفة والشافعي أربعة فصاعداً، وروي عن ابن عباس واحد فما فوقه، وذهب عطاء وأحمد بن حنبل إلى أن [الطائفة¹⁷⁹⁹] هنا اثنان فصاعداً، وذهب الزهري إلى أنها ثلاثة، وذهب الحسن إلى أنها عشرة. انتهى. وقال القرطبي في قوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾: قيل لا يشهد التعذيب إلا من لا يستحق التأديب قال مجاهد رجل فما فوقه إلى الألف، وقال ابن أبي زيد لا بد من حضور أربعة

1793 - في المطبوع يحضر وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى ص130 ويم ص111 وم ص94 ومايأبى208.

1794 - في المطبوع ومايأبى خصومهم وما بين المعقوفين من يم ويحيى وم95.

1795 * - في المطبوع اثنان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1796 * - في المطبوع قاذفه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى474.

1797 * - في المطبوع وطالبه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى474.

1798 - في المطبوع وبإحضار وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى ص131 ويم ص111 وم ص95 ومايأبى208.

1799 - في المطبوع الطائفتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى ص131 ويم ص111 وم ص95.

نص خليل

كَلَاثِطٌ مُطْلَقًا وَإِنْ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافَرَيْنِ وَجِلْدَ الْيَكْرِ الْحُرِّ مِائَةً وَتَشْطَرُّ بِالرَّقِّ وَإِنْ قَلَّ وَتَحَصَّنَ كُلُّ دُونِ صَاحِبِهِ بِالْعِتْقِ وَالْوَطْءِ بَعْدَهُ وَغُرْبَ الْحُرِّ الذَّكَرُ فَقَطْ عَامًا وَأَجْرُهُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ كَفْدًا وَخَيْبَرٍ مِنَ الْمَدِينَةِ فَيُسْجَنُ سَنَةً وَإِنْ عَادَ أَخْرَجَ ثَانِيَةً وَتَوَخَّرُ الْمُتَزَوِّجَةُ لِحَيْضَةٍ وَبِالْجَلْدِ اعْتِدَالُ الْهَوَاءِ وَأَقَامَةُ الْحَاكِمِ وَالسَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَتَزَوَّجْ بِغَيْرِ مَلِكِهِ بِغَيْرِ عَلَيْهِ وَإِنْ أَنْكَرَتِ الْوَطْءَ بَعْدَ عِشْرِينَ سَنَةً وَخَالَفَهَا الزَّوْجُ فَالْحَدُّ وَعَنْهُ فِي الرَّجُلِ يَسْقُطُ مَا لَمْ يَقْرَ بِهِ أَوْ يُولَدَ لَهُ وَأَوَّلًا عَلَى الْخِلَافِ أَوْ لِحِلَافِ الزَّوْجِ فِي الْأَوَّلَى فَقَطْ أَوْ لِأَنَّهُ يَسْكُتُ أَوْ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ لَمْ تَبْلُغْ عِشْرِينَ تَأْوِيلَاتٌ.

قياسا على الشهادة على الزنا، وأن هذا باب منه، وهو قول مالك والليث والشافعي وقال عكرمة وعطاء لا بد من اثنين، وهذا مشهور قول مالك فرآها موضع شهادة، وقال الزهري: ثلاثة لأنه أقل الجمع. ثم قال: واختلف في المراد بحضور الجماعة هل المقصود بها الإغلاظ على الزناة والتوبيخ والردع، أو الدعاء لهما بالتوبة والرحمة؟ قولان للعلماء. انتهى. ويفهم من كلام القرطبي/ هذا ومن كلام ابن بكير أن الجماعة إنما يطلب حضورها في الجلد لا في الرجم. والله أعلم.

متن الخطاب

296

ص: كَلَاثِطٌ مُطْلَقًا ش: يعني أن اللاتط حكمه الرجم مطلقا، سواء كان محصنا أو غير محصن، فإن كانا بالغين رجما معا، وإن كانا غير بالغين فلا رجم عليهما، وإن كان الفاعل بالغًا والمفعول به غير بالغ فليرجم الفاعل، وإن كان الفاعل غير بالغ والمفعول به بالغًا فلا يرجم الفاعل، وانظر حكم المفعول به فلم أر فيه نصا صريحا. وقال الجزولي: انظر ذلك، والظاهر أنه لا يرجم؛ لأن وطه غير البالغ كلا وطه، ألا ترى أن الكبيرة إذا وطئها صغير لا تحد كما صرح به المصنف في باب الزنا في التوضيح فكذلك هنا. والله أعلم.

فرع: يحد اللاتط مطلقا، سواء فعل ذلك بملكه أو بغير ملكه. قاله الجزولي وهو ظاهر. فرع: قال ابن الفرس في سورة الأعراف: وأما إن لاط الرجل بنفسه فأولج في دبره فعندنا أنه لا حد فيه، وأنه يعزر، وقيل يقتل كما لو لاط بغيره وهو أحد أقوال الشافعي، وقيل هو كالزاني في الإحصان [وغير الإحصان، ¹⁸⁰⁰] وهو أيضا أحد أقوال الشافعي، والحجة لما لك أن الآية نزلت في قوم يفعل بعضهم ببعض فينبغي أن يقتصر في العقوبة والنازلة في ذلك على موضعها، ولا يتعدى إلى غيرها إلا أن يدل دليل. انتهى.

ص: وتوخر المتزوجة لحیضة ش: قال ابن الحاجب: وينتظر وضع حملها والاستبراء في ذات الزوج. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: وانظر هل هو حيضة وهو الأقرب، أو ثلاث حيض؟ خليل بل القاعدة أن الحرة لا تستبرأ إلا بثلاث حيض. انتهى.

قلت: قد تقدم في باب الردة أن مالكا نص في الموازية على أنها تستبرأ بحيضة وحكم البابين واحد، ولعل المصنف إنما جزم بذلك لما ذكرناه. والله أعلم. /

297

ص: وأقامه الحاكم والسيد ش: قال ابن الحاجب: والسيد في رقيقه في حد الزنا والخمر والقذف. قال في التوضيح: احترز من السرقة وغيرها فلا يقيمها إلا الوالي. قال في المدونة: لأن ذلك ذريعة إلى

الحديث

وَأِنْ قَالَتْ زَنَيْتُ مَعَهُ فَادَّعَى الْوَطْءَ وَالزَّوْجِيَّةَ أَوْ وَجَدَا بَيِّنَاتٍ وَأَقْرَأَ بِهِ وَادَّعَى النِّكَاحَ أَوْ ادَّعَاهُ فَصَدَّقَتْهُ هِيَ وَوَلِيُّهَا وَقَالَ لَا تَشْهَدُ حُذَاً.

أن يمثل بعبده ويدعي أنه سرق. انتهى. وقال في المدونة: ولا بأس أن يقيم السيد على مملوكه حد الزنا والقذف وحد الخمر. أبو الحسن: في الحديث: {أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم¹} وهو محمول على الوجوب، وقال أبو محمد ويقيم الرجل على عبده وأمه حد الزنا، وهذه العبارة أصرح لأنه وإن كان لفظها لفظ الخبر فمعناها الأمر وقوله في الكتاب: لا بأس لما يتوهم أن به البأس وأن الحدود [لا¹⁸⁰¹] يقيمها إلا الإمام، وقد قال فيمن اشترى جارية وقد زنت عند البائع ليس بواجب على المبتاع أن يحدها مفهومه لو زنت عنده [كان عليه واجبا¹⁸⁰²] أن يحدها. انتهى. وقوله: [والسيد¹⁸⁰³] سواء كان رجلاً أو امرأة. قاله الجزولي في شرح الرسالة وغيره، وذكر البرزلي عن التونسي فيمن زنت أمته أن عليه أن يقيم عليها الحد. قال البرزلي: وظاهر المدونة والرسالة جواز إقامة السيد الحد على عبده لا وجوبه. والله أعلم.

فرع: وإذا أقام الحد فيحضر في الزنا أربعة نفر وفي الخمر والقذف رجلين. قال مالك: لأنه عسى أن يعتق ويشهد بين الناس [فيجد من يشهد عليه ما¹⁸⁰⁴] ترد به شهادته. نقله أبو الحسن وغيره. فرع: قال أبو الحسن: قوله والقذف ظاهره، ولا مقال للمقذوف إن قال السيد لا أرضى إلا بإقامة الإمام الحد، [وتردد¹⁸⁰⁵] فيه الشيخ. انتهى. وقال ابن عسكر في العمدة: ولا يقيم الحد على الأحرار إلا السلطان ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ انتهى.

ص: وإن قالت زنت معه وادعى الوطء والزوجية أو وجداً ببين وأقرأ به وادعى النكاح أو ادعاه فصدقته ووليها وقالاً لم نشهد حذاً: جواب الشرط قوله: "حداً" وهذا راجع إلى المسائل الثلاث، والمسألتان الأوليان في كتاب الحدود من المدونة، ونصه: وإذا قالت المرأة زنت مع هذا الرجل وقال الرجل هي زوجتي قد وطئتها، أو وجداً ببين فأقرأ بالوطء وادعى النكاح، فإن لم يأتيا ببينة حداً. انتهى. أبو الحسن: معنى المسألة الثانية إذا لم يكونا طارئين، وأما الأولى فسواء كانا طارئين أم لا. انتهى. وقال أشهب في الأولى لا حد عليه؛ لأنه لم يعترف بوطء إلا في نكاح، وتحد هي، بخلاف المسألة الثانية إذا وجد مع امرأة وادعى نكاحها؛ لأنه [أخذ¹⁸⁰⁶] فهو يدفع عن نفسه وسوى بينهما ابن القاسم. قاله في الذخيرة، وقاله أيضاً أبو الحسن، وأما [الثالثة¹⁸⁰⁷] فهي في

1 - أبو داود في سننه، كتاب الحدود، رقم الحديث 4473.

1801 - في المطبوع ألا يقيمها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 297 ويحيى ص 131 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 209.

1802 - في المطبوع عنده عليه كان عليه واجبا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 297 ويحيى ص 131 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 209.

1803 * - في المطبوع السيد وما بين المعقوفين من يحيى 474.

1804 - في المطبوع فيحد من يشهد عليه بما وما بين المعقوفين من سيد 40 ويم 133 ويحيى 474.

1805 * - في المطبوع وترجم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 474.

1806 - في المطبوع أقر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويحيى ص 131 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 210.

1807 - في المطبوع الثانية ويم ص 133 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويحيى ص 131 وم ص 95 وما يابى 210.

باب قَذْفُ الْمُكَلَّفِ حُرًّا مُسْلِمًا يَنْفِي نَسَبٍ عَنْ أَبِي أَوْ جَدٍّ لَأُمٍّ.

متن الخطاب

كتاب القذف، ونصها: ومن وطئ امرأة وادعى نكاحها وصدقته هي ووليها، وقالوا عقدنا النكاح ولم نشهد ونحن نريد أن نشهد الآن فعلى الرجل والمرأة الحد إلا أن يقيما بينة غير الولي، وإن حددتهما وهما بكران [فأرادا¹⁸⁰⁸] أن يحدثا إشهدا على ذلك النكاح، وقيما عليه لم يجز حتى تستبرأ من ذلك الماء. انتهى. ويريد المؤلف ويجددا نكاحا، فإن النكاح يفسخ بطلاق كما تقدم في النكاح، ويريد المؤلف إذا لم يحصل فشو، أما إذا حصل فإنه يسقط الحد كما قال في باب النكاح، وقال الشارح هنا في المسألة الثالثة بعد قوله: إلا أن يقيما بينة غير الولي للتهمة، وإن جلدا انتفى النكاح بلا استبراء. انتهى. ولا أدري ما معنى هذا الكلام مع قوله بعده. ابن القاسم: ويأتنفا نكاحا جديدا بعد الاستبراء. والله أعلم.

ص: باب قذف المكلف حرا مسلما بنفي نسب عن أب أو جد ش: قال ابن عرفة: القذف الأعم نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص بإيجاب الحد نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم، فيخرج قذف الرجل نفسه. انتهى. قلت: حده الأخص غير مانع لدخول قذف المجنون فيه، وقال في التوضيح: لا حد على من قذف مجنونا إذا كان جنونه من حين بلوغه إلى حين قذفه ولا يتخلله إفاقة. اللخمي: لأنه لا معرفة عليه لو صح فعل ذلك منه، وأما إن بلغ صحيحا ثم جن، أو كان يجن ويفيق فإن قاذفه يحد، وكذلك المجبوب إذا كان جبه قبل بلوغه [لأنه¹⁸⁰⁹] يعلم كذب قاذفه فلم تلحقه معرفة، وإن كان جبه بعد بلوغه حد، وكذلك الحصور الذي ليس معه آلة النساء. انتهى. وقال ابن عرفة: وفيها في أوائل الرجم ويحد قاذف المجنون وكان يجري لنا مناقضتها بقولها في القذف كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى [به¹⁸¹⁰] رجلا حد الفرية، ويجاب بحمل قولها في الرجم على المجنون الذي يفيق أحيانا. انتهى.

وقال أبو الحسن: قوله في المدونة ويحد قاذف المجنون معناه أنه بلغ صحيحا ثم جن. انظر بقية كلامه. وظاهر كلام المؤلف رحمه الله يقتضي أن من نفى عبدا عن [نسبه¹⁸¹¹] لا حد عليه ولو كان أبواه حرين وليس كذلك. قال فيها: ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان لست لأبيك ضرب سيده الحد فإن كان أبوا العبد ماتا ولا وارث لهما أو لهما فللعبد أن يحد سيده، وفي الاكتفاء بإسلام أبيه دون أمه خلاف فيها أن من قال لعبده لست لأبيك، وأبوه مسلم وأمّه كافرة أو أمة فتوقف فيها مالك. قال ابن القاسم: وأنا أرى أن يحد لأنه حمل [أباه¹⁸¹²] على غير أمه.

الحديث

1808 - في المطبوع فاراد ويحيى ص 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 210.

1809 - في المطبوع ويحيى ص 132 لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويم ص 112 وم ص 95 وما يابى 210.

1810 * - في المطبوع ربه وما بين المعقوفين من م 95 وما يابى 210 ويم 133 وسيد 40.

1811 - في المطبوع نفسه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 298 وما يابى 210 ويم 133 ويحيى 475 وم 96.

1812 * - في المطبوع أبوه والمثبت من ن عدود ص 298 يحيى 476 ويم 133 وم 96 وما يابى 210.

متن الخطاب

فرع: قال في المسائل الملقطة: إذا قذف [حر عبدا¹⁸¹³] أو نصرانيا فطلب العبد تعزير قاذفه فليس للعبد في مثل هذا تعزير، وينهى قاذفه [أن يؤذيه¹⁸¹⁴] فإن كان رجلا فاحشا معروفا بالأذى عزز وأدب عن أذى العبد وغيره. انتهى. وقال في النواذر: يؤدب قاذف العبد والكافر لإذايته له.

مسألة: إذا قال الشخص لولده لست بولدي فإن أراد أنه في قلة طاعته له ليس كالأولاد حلف على ذلك وأنه لم يرد النفي عن النسب ولا شيء عليه، وإن نكل [أو أراد¹⁸¹⁵] نفي نسبه كان في كلامه قطع نسب الولد وقذف لأمه، فأما قطع نسب الولد فالراجح أنه لا يحد لولده، ويظهر ذلك من مسألة كتاب القذف من المدونة فيمن قال لبنيه ليسوا [بولدي¹⁸¹⁶] ويدل له أيضا أنه لم يجعل على الأب حدا فيما إذا انتفى من حمل أمته ثم استلحقه، وسيأتي في الكلام على قول المصنف في آخر الباب:

”وله حد أبيه وفسق“ أنه مشى على القول/ الضعيف، وعلى القول بأنه يحد لقذف ولده ويفسق [فإنه¹⁸¹⁷] يجوز عفو عنه وإن بلغ الإمام. قال اللخمي: ولا خلاف في ذلك كما سيأتي بيانه، وأما قذف الأم فإن كانت حية كان لها القيام بذلك، وإن كانت ميتة كان لولدها القيام به فإذا قام به الولد لم يجز عفو بعد بلوغ الإمام، وتأمل كلام اللخمي وغيره فيمن نفي عبدا عن نسبه وأبواه حران أو أحدهما أو أبواه عبدان أو أحدهما.

فرع: فإذا كانت الأم حية لم يكن للولد القيام إلا بطلب من الأم، وكذلك كل من وجب له حد من قذف، وهذا بخلاف الأب. انظر كلام ابن ناجي في شرح قول المدونة: ومن آذى مسلما أدب. ص: وَلَا إِنْ نَبَذَ ش: قال في أواخر كتاب العتق الثاني من التنبيهات: اللقيط هو الملتقط حيث وجد وعلى أي صفة وجد في صغره، والمنبوذ الذي وجد منبوذا لأول ما يولد، وقيل اللقيط هو ما التقط من الصغار في الشدائد والغلاء ولا يعلم له أب، وعلى هذا القول ابن القاسم فيمن قذف اللقيط بأبيه حد، ومن قذف بذلك المنبوذ لم يحد، وقال مالك: ما نعلم منبوذا إلا ولد الزنى، وعلى قائلها لغيره الحد، وأراد بعض المشايخ أن يخرج من المدونة خلاف هذا من قوله في الذي استحلقت لقيطا أنه لا يلحق به إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد، وسمع الناس يقولون إذا طرحت عاش، وهذا لا حجة فيه؛ لأن هذا في النادر، وإنما تكلم على ما جرت به العادة أولا، [و¹⁸¹⁸] في هذه على نازلة وقعت شهدت لها دلائل، وإلا فالغالب ما قاله أولا. انتهى. وقوله: ”وعلى قائلها لغيره الحد“ يعني أن من قال لغيره يا منبوذ فعليه الحد، ولعل بعض المشايخ الذي أشار إليه هو اللخمي، فإنه قال في كتاب العتق الثاني لما

الحديث

1813 - في المطبوع حر ان عبدا وما بين المعقوفين من ن عقود ص298 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايأبى210.

1814 * - في المطبوع أن لا يؤذيه وما بين المعقوفين من مايأبى211 وسيد40 ويم133 وم96 ويحيى47.

1815 - في المطبوع وأراد وما بين المعقوفين من ن عقود ص298 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايأبى211.

1816 - في المطبوع ويحيى ص132 بولد وما بين المعقوفين من ن عقود ص298 ويم ص112 ومايأبى211.

1817 - في المطبوع بأنه وما بين المعقوفين من يحيى475 وسيد40 ويم133 ومايأبى211 وم96.

1818 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عقود ص299 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايأبى211.

نص خليل أو زناً إن كلف.

متن الخطاب

تكلم على اللقيط: وأما نسبه فإن محمله على أنه ذو نسب وأنه لرشدة إلا أنه غير معروف، فإن قال له رجل لا أب لك أو يا ولد الزنى حد له، واختلف إذا استلحقه رجل، فقال في كتاب أمهات الأولاد: لا يقبل قوله ولا يصدق إلا أن يكون لذلك وجه، ثم ذكر الخلاف في ذلك. ثم قال: حكم المنبوذ [حكم اللقيط¹⁸¹⁹] في الحرية والدين واختلف في النسب فجعله ابن حبيب للزنية لا نسب له، وقال: من قذف المنبوذ بأبيه وأمه لم يحد، وقد قيل المنبوذ من نبذ عندما ولد، والشأن إنما يفعل ذلك بمن ولد عن زنى، واللقيط ما طرح عند الشدائد والجذب وليس عندما يولد، ومالك في المبسوط مثل ذلك فيمن قال لرجل يا منبوذ قال ما نعلم منبوزاً إلا ولد الزنى، وأرى على من قال ذلك الحد، وكل هذا خلاف لقول ابن القاسم لأنه قال فيمن استلحق لقيطاً لا يقبل قوله إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد، وسمع الناس يقولون إنه إذا طرح عاش وهذا إنما يفعل عند الولادة. انتهى.

وقال ابن عرفة في آخر باب اللقطة لما تكلم على اللقيط: وأطلق عليه ابن شعبان لفظ منبوذ وترجم على أحكامه في الموطأ بالقضاء في المنبوذ، وفي صحاح الجوهري: المنبوذ اللقيط، ثم ذكر كلام اللخمي. فتحصل من هذا أن المنبوذ هو من طرح عند ولادته وأن اللقيط من طرح بعد ذلك، وأنه قد يطلق على اللقيط أنه منبوذ إذا علم ذلك، فقول المصنف: "ولا إن نبذ" الذي يظهر من معناه أن من [نفى¹⁸²⁰] منبوزاً عن أب أو جد لا حد عليه، ولا إشكال في ذلك؛ لأنه لا أب له ولا جد إذ لا نسب له هذا إن كان معناه أنه قال لست ابن فلان، وأما إن كان معناه أنه قال لا أب لك أو يا ولد زنى فهذا يأتي على ما ذكره اللخمي عن مالك في المبسوط وعن ابن حبيب، وما حكاه عياض عن ابن القاسم وإن كان خلاف ما ذكره ابن رشد في البيان، وحكاة عنه ابن غازي، وأما ما ذكره الشارح والمحشي في تفسير كلام المصنف، وأن معناه إذا قال للمنبوذ يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية فبعيد؛ لأن كلام المصنف في النفي عن النسب، لا في قذف أبي المنبوذ أو أمه فتأمله. ولا شك أنه إذا قلنا لا حد على من قال للمنبوذ ليس لك أب، أو يا ولد الزنى فلا حد على من قال له يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية؛ والعلة/

في ذلك كونه ولد زانية [لا أن¹⁸²¹] أباه وأمه غير معروفين؛ لأن هذه العلة موجودة في اللقيط، وقد نص ابن رشد على أن من قال له يا ابن الزاني ويا ابن الزانية أن عليه الحد فتأمله. تنبيه: ما نقله ابن غازي عن ابن عرفة في المحمولين لم أقف عليه في كلام ابن عرفة في كتاب القذف ولا في اللقيط ولا غيره فانظره.

ص: أو زنى ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح. فرع: لو قذفه بالزنى ثم أثبت أنه زنى في حال الصبا أو في حال الكفر لم ينفعه ذلك؛ لأن هذا [لا يثبت¹⁸²²] عليه اسم زنى، بخلاف ما إذا ثبت عليه أنه زنى في حال رقه، فإن اسم الزنى لازم له.

300

الحديث

1819 - في المطبوع حكم الملقوط اللقيط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 ويم ص 112 وم ص 96 ويحيى ص 132 وما يابى 211.

1820 - في المطبوع بقي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 ويم ص 113 وم ص 96 ويحيى ص 132 وما يابى 212.

1821 - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1822 - في المطبوع ثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويم ص 113 وم ص 96 ويحيى ص 133 وما يابى 212.

نص خليل

وَعَفٌ عَنْ وَطْءٍ يُوجِبُ الْحَدَّ بَالَةً وَيَبْلُغَ كَأَن بَلَغَتْ الْوَطْءُ أَوْ مَحْمُولًا وَإِنْ مُلَاعِنَةً وَابْتِهَآ أَوْ عَرَضَ غَيْرُ
أَبٍ إِنْ أَفْهَمَ يُوجِبُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَإِنْ كَرَّرَ لِوَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ إِلَّا بَعْدَهُ وَيَصْفُهُ عَلَى الْعَبْدِ كَلَسْتُ بِرَّانٍ أَوْ
زَنْتُ عَيْنَكَ أَوْ مُكْرَهَةً أَوْ عَفِيفُ الْفَرْجِ أَوْ لِعَرَبِيٍّ مَا أَنْتَ بِحُرٍّ أَوْ يَا رُومِيٍّ كَأَن نُسَبَّهَ لِعَمَلِهِ بِخِلَافِ جَدِّهِ
وَكَأَن قَالَ أَنَا نَغِلٌ أَوْ وَلَدٌ زَنَّا.

متن الخطاب نقله ابن عرفة، وهذا مستفاد من قول المصنف: "وعف عن وطء يوجب الحد" ويخرج به ما إذا ثبت عليه أنه وطئ بهيمة.

فرع: فلو قذف رجلا فارتد المقذوف لم يحد قاذفه ولو رجع إلى الإسلام، كمن قذف رجلا بالزنى فلم يحد له حتى زنى المقذوف فلا يحد قاذفه. نقله ابن عرفة عن المدونة. ومنه يعلم أنه إذا ثبت على المقذوف زنى فلا حد على قاذفه ولو قذفه بزنى غير الزنى الذي ثبت عليه.

ص: وعف ش: أي يشترط في وجوب حد القذف أن يكون المقذوف عفيفا، ولم يفسر الشارح العفاف، وقال ابن الحاجب: العفاف أن لا يكون معروفا بالقيان ومواضع الفساد والزنى بخلاف السارق والشارب. قال في التوضيح: هكذا نقل في الجواهر عن الأستاذ فقال: ومعنى العفاف أن لا يكون معروفا بالقيان ومواضع الفساد والزنى، فلو قذف معروفا بالظلم والغصب والسرقه وشرب الخمر وأكل الربا والقذف يحد له إذا كان غير معروف بما ذكرنا، ولم يثبت عليه ما رمى به، فإن ثبت أو كان معروفا بذلك لم يحد قاذفه.

قال ابن عبد السلام وغيره: ومقتضى مسائل المذهب خلافه وأنه لا يخرج من الحد إلا أن يكون ممن حد في الزنى أو ثبت عليه وإن لم يحد له، واختلف إذا أقام شاهدين على إقراره بالزنى بناء على أنه هل يثبت الإقرار بشاهدين أم لا؟ انتهى كلام التوضيح. وقال ابن عرفة: وعفاف المقذوف الموجب حد [قاذفه مسائل¹⁸²³] المدونة وغيرها واضحة [بأنه¹⁸²⁴] السلامة من فعل الزنى قبل قذفه وبعده ومن ثبوت حده لاستلزامه إياه. ثم قال: قال ابن شاس: قال الأستاذ أبو بكر ثم ذكر كلامه المتقدم. ثم قال: قلت: وظاهر نصوص المذهب خلافه. انتهى. وما قاله ابن عرفة والشيخ خليل وابن عبد السلام هو الظاهر، وقد قال ابن الحاجب ويسقط الإحصان بثبوت كل وطء يوجب الحد قبل القذف وبعده ولو كان عدلا.

قال في التوضيح: قوله ويسقط الإحصان المشترط هنا لا في الرجم بثبوت كل وطء يوجب الحد، فيخرج وطء البهيمة ووطء الشبهة قبل القذف وبعده؛ أي قبل الحد أو بعده ولا يعود إليه الإحصان. ثم قال: ولا يعود العفاف أبدا ولو تاب وحسنت حاله، وقوله: "بثبوت" يقتضي أنه لا يسقط إلا بذلك، وهو خلاف ما فسر به العفاف فانظره. انتهى. وعليه فلا شك أن الشخص محمول على العفاف حتى يثبت عليه القاذف أنه غير عفيف. والله أعلم.

تنبيه: يفهم من الكلام السابق في تعريف العفاف ما تقدم التنبيه عليه من أن المقذوف إذا حد في زنى أو ثبت عليه زنى لا حد على قاذفه ولو قذفه بغير الزنى الذي ثبت عليه. والله أعلم. قال في النوادر في باب المقذوف يرد الجواب على القاذف: وقال مالك: ومن قذف من جلد في زنى لم يحد. قاله ابن القاسم ويؤدب بإذابة المسلمين. انتهى. وقال أيضا: من قذف إنسانا ثم أثبت أنه حد فسقط الحد عن القاذف فلا بد من أدبه لإذابته للمقذوف. انتهى.

301

ص: وإن ملأه ش: قال في مختصر الوقار: ومن قال لابن ملأه لست لأبيك الذي لاعن أمك

الحديث

1823 - في المطبوع قاذفه في مسائل ويحيى ص133 وما بين المعقوفين من ن عود ص300 ويم ص113 وم ص96

وما يابى 212.

1824 - في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من ن عود ص300 ويم ص113 وم ص96 ويحيى ص133 وما يابى 212.

نص خليل

أَوْ كَيَّا قَحْبَةً أَوْ قَرْنَانُ أَوْ يَا ابْنَ مُنْزَلَةِ الرُّكْبَانِ أَوْ ذَاتِ الرَّايَةِ أَوْ فَعَلْتُ بِهَا فِي عُنْكِهَا لَا إِنْ نُسِبَ
جِنْسًا لِغَيْرِهِ وَلَوْ أَبْيَضَ لَأَسْوَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْعَرَبِ أَوْ قَالَ مَوْلَى لِغَيْرِهِ أَنَا خَيْرٌ أَوْ مَا لَكَ أَصْلٌ وَلَا
فَصْلٌ أَوْ قَالَ لِحِمَامَةٍ أَحَدَكُمْ زَانٍ وَحُدٌّ فِي مَأْبُوتٍ إِنْ كَانَ لَا يَتَأَنَّثُ.

متن الخطاب

فعليه الحد، وإن قال يا منفي يا ابن ملاعنة يا ابن من لوعنت فلا حد عليه في جميع ذلك. انتهى.
وقاله في كتاب اللعان من النوادر، وقال إنه يعزر. والله أعلم.
ص: أو كيا قحبة ش: قال في القاموس: القحب المسن والعجوز قحبة، والذي يأخذه السعال، وقد
قحب يقحب كنصر قحبا [وقحابا]¹⁸²⁵ وقحب تقحيبا، وسعال قاحب شديد، والقحبة الفاسدة
الجوف من داء والفاجرة لأنها تسعل وتنحج أي ترمز به، وبه قحبة أي سعال. انتهى. وفي
الصحاح: القحاب سعال الخيل والإبل وربما جعل للناس، والقحبة كلمة مولدة. انتهى. وفي كتاب
الأفعال لأبي مروان عبد الملك عن طريف القرطبي المشهور قحب الشيء قحبا سعل، ومنه سعال
قاحب وقحب الكلب والبعير سعلا، وأصل القحاب فساد الجوف فقد يكون اشتقاق القحبة من
القحاب الذي هو فساد الجوف، وقد يكون أيضا من القحاب الذي هو السعال؛ كأنها تستعمل
السعال علامة بينها وبين الذي يسافحها، وأهل اليمن يسمون المرأة المسنة قحبة. انتهى./
ص: أو مالك أصل ولا فصل ش: تصوره ظاهر.

302

فرع: قال في سماع أبي زيد من كتاب القذف: وقال: يعني ابن القاسم من قال لرجل في مشاتمة ما
أعرف أباك وهو يعرفه ضرب الحد ثمانين. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله لأنه قد [نفى]
أن¹⁸²⁶ يكون أبوه هو الذي يعرفه، فقد قطع نسبه ونفاه عنه. انتهى. وذكره في النوادر، وقال
بعده: ومن كتاب ابن المواز قال مالك فيمن قال لرجل ما أعرف أباك، فما أنكر ما قال فليرفعه إلى
السلطان. قال محمد: ولو قال ما يعرف أبوك لحد. انتهى. وانظر ما معنى قوله فما أنكر ما قال،
ولعله يعني أنه قال ما أردت بذلك قذفا ولكني لا أعرف أباه حقيقة.
سئلت عن رجل قال لشريف ما أنت شريف، وأنا سمعت جدك يقول ما أنا شريف فأظهر المدعي
[مثبوتا بالشرف]¹⁸²⁷ فأجبت بأني لا أعرف فيها نصا، والذي يظهر أنه إذا لم يكن الرجل معروفا
بالشرف ولم يكن علم بثبوت شرفه وقال ما قال معتمدا على ما سمع من جده فإنه لا حد عليه،
ويحلف بالله أنه لم يعلم بذلك، وكان الجواب في مجلس القاضي باللسان، ووافق على ذلك من حضر
وأسقط المدعي حقه من اليمين واصطلحوا. والله الموفق. وهذا يشبه ما ذكر ابن ناجي في شرح المدونة في
كتاب القذف في رجل تزوج شريفة مشهورة بالشرف فوقع بينهما منازعة فقبل له على وجه النصح
تفعل هذا بشريفة من أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقال: الزوج هي شريفة بالنسب وأنا شريف
بالحسب، وأنا أحسن منها وأبي أحسن من أبيها وجدي أحسن من جدها وبلدي أحسن من بلدها

الحديث

1825 - في المطبوع أو قحبا وما بين المعقوفين من ن عدود ص300 ويم ص113 وم ص97 ويحيى ص133
ومايبي213.
1826 - ساقط من الأصل ويم ص113 (أنه قد نفى أن) قد يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص302 وم ص97
ويحيى ص133 ومايبي213.
1827 * - في يحيى476 ثبوت الشرف.

نص خليل وَفِي يَا ابْنَ النَّصْرَانِيِّ أَوْ الْأَزْرَقِ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي آبَائِهِ كَذْلِكَ وَفِي مُحْتَثٍ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ.

متن الخطاب وقامت البيئة عليه بمقالته واعترف في مجلس الحكم بذلك، فسئل عما أراد بقوله، فقال إن أبي كان خطيباً وجدي كان خطيباً وأبوها وجدها ليسا كذلك إنه لا يقتل ويؤدب، وموجب القياس أن قوله جدي أحسن من جدك يوجب ظاهره قتل قائله؛ لاشتماله على التنقيص الموجب لذلك، لكن يوجب إلغاء إيجابه لذلك لاحتمال صدق لفظه على جد لا يوجب صدقه عليه مثله، والاحتمال في النازلة المذكورة فيما بينه من خطابة جده دون جدها إن كان في قوله ذلك صادقا فدليل أدبه واضح فلا يحتاج إلى بيان. انتهى.

فائدة: أول ما حدث تمييز الأشراف بالشطبة الخضراء في سنة ثلاث وسبعين وستمئة أمر بذلك السلطان الأشراف شعبان. ذكر ذلك ابن حجر في الإنباء، ونقله عنه السخاوي في مسألة الأشراف له قال: وأنشد في ذلك أبو عبد الله بن جابر:

جعلوا لأبناء الرسول علامة إن العلامة شأن من لم يشهر
نور النبوة في كريم وجوههم يغني الشريف عن الطراز الأخضر

وقال غيره:

أطراف تيجان أتت من سندس خضر بإعلام على الأشراف
والأشراف السلطان خصهم بها شرفا لتعرفهم من الأطراف
وذكر ابن حجر أنها كانت علامة بني العباس شطبة سوداء ثم تركت. والله أعلم.
ص: وفي يا ابن النصراني أو الأزرق إن لم يكن في آبائه كذلك ش: يعني أن من قال لرجل مسلم يا ابن النصراني، أو يا ابن اليهودي، أو يا ابن المجوسي فإنه يحد إلا أن يكون في آبائه أحد كذلك فإنه لا حد عليه ولكن ينكل. قاله في المدونة في آخر كتاب القذف، ولم يذكر الشارح ولا المصنف في التوضيح أنه ينكل إذا كان في آبائه أحد كذلك وذلك لوضوحه، ولكن يتعين ذكره لئلا يتوهم أنه لا أدب عليه، وقد قال في المدونة: ومن قذف عبداً أو أم ولد أدب، ومن قذف ذمياً زجر عن أذى الناس كلهم ومن قذف نصرانية ولها بنون مسلمون أو زوج مسلم نكل بإذابة المسلمين. قال/ أبو الحسن: انظر هل راعى حق النصرانية أو إنما راعى إذابة المسلمين فيزاد في النكال لحق المسلمين. انتهى.
وانظر كلامه في باب اللعان فإنه جزم بأنه إذا كان لها ولد مسلم ينكل نكالا أشد من نكال من لا ولد لها ولا [زوج].¹⁸²⁸ ثم قال في المدونة: والنكال [على¹⁸²⁹] قدر ما يرى الإمام، وحالات الناس في ذلك مختلفة، وتقدم عن النوادر في باب المقذوف يرد الجواب على قاذفه قول مالك فيمن قذف من جلد في زنى لم يحد. قال ابن القاسم: ويؤدب بإذابة المسلمين. انتهى. وقال في المدونة: ومن آذى مسلماً أدب. قاله بعد قوله ومن قال لرجل يا ابن الأقطع.

303

الحديث

1828 - في المطبوع ولا زوجة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.
1829 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 135 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

نص خليل

وَأَدَّبَ فِي يَا ابْنَ الْفَاسِقَةِ أَوْ الْفَاجِرَةِ أَوْ يَا حِمَارُ ابْنَ الْحِمَارِ أَوْ أَنَا عَفِيفٌ أَوْ إِنَّكَ عَفِيفَةٌ أَوْ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا فَاجِرُ.

متن الخطاب

ص: وأدب في يا ابن الفاسقة إلى آخره ش: ومثل ذلك يا خائن يا ثور يا آكل الربا يا شارب الخمر يا يهودي يا نصراني يا مجوسي أو يا سارق يا مرائي. قاله في المسائل الملقوطة، وقال في النوادر: إذا قال له يا آكل الربا أو يا شارب الخمر ونحوه فإنه يؤدب وإن كان صادقا، ولا حد عليه في ذلك وإن كان كاذبا. انتهى.

فائدة: تتضمن بيان مقدار الأدب في ألفاظ وأفعال موجبة للأدب. قال في المسائل الملقوطة: قال في المفيد: ومن قال لرجل يا مجرم ضرب خمسة وعشرين، [وكذلك إن قال له يا ظالم ولم يكن كذلك ضرب أربعين، ولو قال له يا سارق ضرب خمسة وعشرين،¹⁸³⁰] ومن تكلم في عالم بما لا يجب فيه حد ضرب أربعين سوطا، ومن تكلم في أحد بما [لم يكن¹⁸³¹] فيه ولم يأت ببينة [أدب،¹⁸³²] وكل من آذى مسلما [بلسانه¹⁸³³] بلفظ يضره ويقصد به أذاه فعليه في ذلك الأدب البالغ الرادع له ولمثله يقنع رأسه بالسوط أو يضرب بالدرّة ظهره، وذلك على قدر القائل [و¹⁸³⁴] سفاهته وقدر المقول فيه ومن لم ينصف الناس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم. انتهى. ثم قال: وإذا قال الرجل لصاحبه الله أكبر عليك فإنه يعزر إلا أن يعفو عنه خصمه. قاله في الدرر الملتقطة للدميري. [اهـ.¹⁸³⁵] وهذا من الشافعية. ثم قال: وإذا شتم الأخ أخاه فإن كان الأخ كبيرا وكان شتمه لأخيه على وجه الأدب لم يحد من الطرر.

قال: ورأيت في بعض الكتب سئل بعضهم عن شاتم عمه أو خاله فقال لا أرى عليه في ذلك شيئا، وذلك إذا كان على وجه الأدب. انتهى. والمسألة في سماع ابن القاسم، ونقلها ابن عرفة فراجعها في كتاب القذف، وقال في المسائل الملقوطة عن المفيد أيضا: ومن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ويسجن شهرا، ومن خالف ما حكم به القاضي ولم يرض بالحكم عوقب، إلا أن يتبين الجور، ومن خالف أميرا أو كسر دعوته لزمته العقوبة بقدر اجتهاد الإمام، ومن استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين، وإذا ارتفع الكلام بين الخصمين في مجلس القاضي ضرب كل واحد عشرة أسواط، ومن سرق من الغنيمة دون النصاب ضرب خمسين، ومن تغامز

الحديث

1830 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1831 - في المطبوع لا يمكن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1832 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1833 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

1834 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن ذي ص 303 ويم 135 ويحيى 477 وم 97

1835 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 97 ويحيى ص 134 وما يابى 214.

وَأَنَّ قَالَتْ بِكَ جَوَابًا لَزْنَيْتَ حَدَّثَ لِلزَّانَا وَالْقَذْفِ.

نص خليل

مع أجنبية أو تضاحك معها ضربا عشرين عشرين؛ [يريد¹⁸³⁶] إذا كانت طائعة، فإن قبلها طائعة ضربا خمسين [خمسين،¹⁸³⁷] وإن لم تطعه ضرب وحده خمسين، ومن حبس امرأة ضرب أربعين فإن طوعته ضربت مثله، ومن أتى بهيمة ضرب مائة، ومن سل سيفاً على وجه القتال ضرب أربعين وكان السيف فينا، وقيل يقتل إن سلّه على وجه الحاربة، ومن سل سكيناً في جماعة على وجه المزاح ضرب عشرة أسواط. ثم قال: ومن سل سيفاً على وجه المزاح في جماعة يهددهم به فقد [جفا¹⁸³⁸] ويضرب عشرين سوطاً. انتهى. وانظر هل هو مخالف لما قاله في السكين أم لا [وهو¹⁸³⁹] الظاهر،

متن الخطاب

وانظر البيان فيمن قال لرجل/ يا كلب في رسم الأشربة من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه بيان ذي الهيئة، وفي الرسم الذي بعده مسألة قوله كذبت وأثمت، وذكر ذلك في النوادر في كتاب القذف وابن فرحون في الفصل الحادي والعشرين من القسم الثالث. والله أعلم. وانظر شتم المؤدب والقاضي والشيخ في كتاب الإجارة لابن عرفة والبرزلي في الكلام على [تعليم¹⁸⁴⁰] الأولاد.

304

ص: وإن قالت بك جواباً لزنييت حدث للزنا والقذف ش: قال في المدونة: ومن قال لا امرأة يا زانية فقالت بك [زنييت¹⁸⁴¹] حدث للزنا والقذف، إلا أن ترجع عن الزنا فتحد للقذف فقط، ولا يحد الرجل لأنها صدقته. انتهى. قال أبو الحسن: معناه أن المرأة أجنبية، وقد ذكر ابن رشد المسألة في سماع عيسى في رسم حلف من كتاب القذف وحرر القول فيها، وأن قول ابن القاسم إنه من الأجنبية إقرار بالزنا فتحد له إلا أن ترجع، وقذف للرجل فتحد له، ولا يقبل قولها إنها لم تقصد القذف وإنما قصدت المجاورة خلافاً لأشهب، وأما الزوجة فلا يكون إقراراً منها بالزنا ولا قذفاً للزوج؛ لاحتمال أن تريد بذلك إصابة النكاح، وذكر في كل منهما خلافاً، قال: وقول ابن القاسم أظهر. والله أعلم. ونسب الشارح في الكبير مسألة الزوجة للمدونة وليست فيها، ولعل في نسخته لامرأته بزيادة الهاء، وليس كذلك في النسخ الصحيحة، وهو الذي يفهم من كلام أبي الحسن، وعلى ما في نسخته مشى في شامله فجعل الأصح أن الزوجة كغيرها وليس كذلك.

فرع: قال في المدونة: ومن قال عند الإمام أو عند غيره زنييت بغلانة فإن أقام على قوله حد للزنا والقذف، وإن رجع عن ذلك حد للقذف، وسقط عنه حد الزنا، وسيأتي عند قول المصنف: "والعفو قبل الإمام" في حد الإمام له للقذف هل هو إذا طلبه المقذوف، أو ولو لم يطلبه؟

الحديث

1836 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 98 ويحيى ص 134

وما يابى 215.

1837 - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 134 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 98

وما يابى 215.

1838 - في المطبوع أجفا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 وم 98 ويم 135 ويحيى 477 وما يابى 215

1839 - في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من ن ز ص 303 ويحيى 134 ويم 114 وم 98.

1840 - في المطبوع تقسيم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 ويم ص 114 وم ص 98 ويحيى ص 134

وما يابى 215.

1841 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 ويم ص 114 وم ص 98 ويحيى ص 135

وما يابى 215.

نص خليل وَلَهُ حَدُّ أَبِيهِ وَفُسْقَ وَالْقِيَامُ بِهِ وَإِنْ عَلِمَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

متن الخطاب

مسألة: قال القرطبي في سورة النور: قال ابن القصار: إذا قالت امرأة لزوجها أو لأجنبي يا زانية بالهاء، وكذلك الأجنبي للأجنبي فليست أعرف فيه نصاً لأصحابنا، ولكنه عندي يكون قذفاً، وعلى قائله الحد وقد زاد حرفاً، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يكون قذفاً، واتفقوا على أنه إذا قال لامرأة يا زان أنه قذف، والدليل على أنه يكون في الرجل هو أن الخطاب إذا فهم منه معناه ثبت حكمه، سواء كان بلفظ أعجمي أو عربي، ألا ترى أنه لو قال لامرأة زنيبت بفتح التاء كان قذفاً لأن معناه يفهم منه، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه لما جاز أن يخاطب المؤنث بخطاب المذكر كقوله تعالى: ﴿وَقَالَ نِسْوَةٌ﴾ صلح أن يكون قوله يا زان للمؤنث قذفاً، ولما لم يجز أن يؤنث فعل المذكر إذا تقدم عليه لم يكن لخطابه بالمؤنث حكم. والله أعلم. انتهى. وهي المسألة الثامنة عشر من تفسير ﴿والذين يرمون المحصنات﴾

ص: وله حد أبيه وفسق ش: هذا القول عزاه ابن رشد في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من الأقضية لرواية أصبغ عن ابن القاسم في الشهادات، ونصه: وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في الشهادات أنه يقضى له أن يحلفه وأن يحده ويكون عاقاً بذلك، ولا يعذر بجهل وهو بعيد؛ لأن العقوق من الكبائر، ولا ينبغي أن يمكن أحد من ذلك. وقال قبل هذا الكلام: قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وسحنون: إنه لا يقضى له بتحليفه أيضاً، ولا يمكن من ذلك ولا من أن يحده في حد يقع له عليه لأنه من العقوق، وهو مذهب مالك في المدونة في اليمين في كتاب [الديان¹⁸⁴²] وفي الحد في كتاب القذف، وهو أظهر الأقوال.

وقال في هذا الرسم إن مالكا كره لمن بينه وبين أبيه خصومة أن يحلفه، فقال ابن رشد: هذا يدل من قوله على أن له [أن يحلفه ولا يكون¹⁸⁴³] عاقاً له بتحليفه؛ إذ لا مآثم في فعل المكروه، وإنما يستحب تركه، وهو قول ابن الماجشون في [الثمانية¹⁸⁴⁴] وظاهر قول أصبغ في المبسوط. انتهى. فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال.

وقد ذكر الشيخ في باب التفليس أنه ليس له أن يحلف أباه إلا المنقلبة [والمعلق¹⁸⁴⁵] / بها حق لغيره فمشى هناك على مذهب المدونة، ومشى هنا على القول الضعيف، وقد استثنى ابن رشد أيضاً المنقلبة [والمعلق¹⁸⁴⁶] بها حق للغير [وأخرجها¹⁸⁴⁷] من الخلاف. والله أعلم. ص: والقيام به وإن علمه من نفسه ش: يعني أن الإنسان يجوز له أن يقوم بالقذف على من قذفه وإن علم من نفسه أن ما قذفه به صحيح، وأنه فعله صونا لعرضه وسترا على نفسه قال في المدونة في

305

الحديث

1842 * - في المطبوع الديات وما بين المعقوفين من يحيى 477 وم 98 ويم 135 وسيد 41 ومايaby 215.
1843 - في المطبوع أن يكون له عاقاً بتحليفه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 (وسيد ولا يكون عاقاً له ومايaby 215).
1844 - في المطبوع في اليمانية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وسيد ومايaby 215.
1845 - في المطبوع والمتعلقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305.
1846 - في المطبوع والمتعلقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 ومايaby 215.
1847 * - في المطبوع وإخراجهما وما بين المعقوفين من ذي ومايaby 215 وصوبه الشيخ محمد سالم ب وأخرجهما وهو الذي في م 98.

كَوَارِثِهِ وَإِنْ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ وَلَدٍ وَوَلَدِهِ وَأَبٍ وَأَبِيهِ وَلِكُلِّ الْقِيَامِ وَإِنْ حَصَلَ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ وَالْعَفْوُ قَبْلَ الْإِمَامِ أَوْ بَعْدَهُ إِنْ أَرَادَ سِتْرًا وَإِنْ حَصَلَ فِي الْحَدِّ ابْتِدَئَ لَهُمَا إِلَّا أَنْ يَبْقَى يَسِيرٌ فَيَكْمَلُ الْأَوَّلُ. باب تُقَطَّعُ الْيَمْنَى وَتُحْسَمُ بِالنَّارِ.

نص خليل

كتاب القذف: وإن علم المقذوف من نفسه أنه قد زنى فحلال له أن يحده. انتهى. فرع: قال في المدونة قبل الكلام السابق: ومن قذف رجلا بالزنا فعليه الحد وليس له أن يحلف المقذوف أنه ليس بزان. انتهى. وخالف في ذلك الشافعية وقالوا له أن يحلفه فإن نكل سقط الحد عن القاذف ولم يلزم المقذوف شيء، ووافقونا على أنه لا تلزمه اليمين إذا ادعى عليه بالزنا. والله أعلم. ص: كوارثه ش:

متن الخطاب

فرع: لو لم يعلم المقذوف بقاذفه حتى مات قام بذلك وارثه إلا أن يمضي من الزمان ما يرى أنه تارك، فلا قيام للوارث فيه. قاله في كتاب الرجم من المدونة. ص: والعفو قبل الإمام ش: وهذا بخلاف التعازير فإنه يجوز فيها الشفاعة والعفو وإن بلغ الإمام كما تقدم في كلام صاحب الإكمال. والله أعلم. فروع: الأول: لا خلاف في جواز عفو الابن عن [أبيه¹⁸⁴⁸] بعد بلوغ الإمام، وكذلك عن جده لأبيه. انظر اللخمي والتوضيح.

الثاني: قال في كتاب الرجم من المدونة: ومن عفا عن قاذفه لم يكن لغيره أن يقوم بحده، وإن رفع القاذف إلى الإمام أجنبي غير المقذوف لم يمكن من ذلك، ولا يحد به؛ لأن هذا لا يقوم به عند الإمام إلا صاحبه انتهى وقال في كتاب القذف: ولا يقوم بالحد إلا المقذوف، وإن شهد قوم على رجل أنه قذف فلانا وفلان يكذبهم ويقول ما قذفني لم تجز شهادتهم إلا أن يكون المقذوف هو الذي أتى بهم وادعى ذلك ثم أكذبهم بعد أن شهدوا عند السلطان، وقال ما قذفني فإنه حد وجب لا يزيله هذا بمنزلة عفو عنه ويضرب القاذف الحد. انتهى. ثم قال في المدونة: وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا إلا بزور درأ الحد. انتهى.

الثالث: إن قذف رجل رجلا غائبا بحضرة الإمام ومعه شهود قال في كتاب القطع من المدونة: أقام الإمام عليه الحد فتأوله ابن المواز على أنه يقيمه بعد طلب المقذوف، وتأوله ابن حبيب على أنه يقيمه في غيبته. انظر المقدمات وابن عرفة وأبا الحسن الصغير في كتاب القذف في مسألة سماع الإمام القذف قال: وتأويل ابن المواز أحسن. والله أعلم.

الرابع: قال في المدونة: ومن صالح [عن¹⁸⁴⁹] قذف على شقص أو مال لم يجز ورد، ولا شفعة فيه، بلغ الإمام أم لا. انظر أبا الحسن، وجعله من باب الأخذ على العرض مالا. ص: باب تقطع اليمين وتحسم بالنار ش: هذا يسمى باب السرقة.

قال في التوضيح: والسرقة أخذ/ المال خفية من غير أن يؤتمن عليه، ولا خفاء في أنه غير جامع لخروج

306

الحديث

¹⁸⁴⁸ - في المطبوع أبيه ويم ص115 وم98 وما بين المعقوفين من ن عدود ص305 ويحيى ص135 وسيد

ومايأبى216.

¹⁸⁴⁹ - في المطبوع ومايأبى217 ويم ص115 وم98 ويحيى ص135 من، وما بين المعقوفين من ن عدود ص305.

نص خليل

إِلَّا لِشَلَلٍ أَوْ نَقْصٍ أَكْثَرَ الْأَصَابِعِ فَرَجْلُهُ الْيُسْرَى وَمُحْيَى لِيَدِهِ الْيُسْرَى ثُمَّ يَدُهُ ثُمَّ رِجْلُهُ ثُمَّ عِزْرٌ وَحُبْسٌ وَإِنْ تَعَمَّدَ إِمَامٌ أَوْ غَيْرُهُ يُسْرَاهُ أَوَّلًا فَالْقَوْدُ وَالْحَدُّ بَاقٍ وَخَطَأٌ أَجْزَأُ فَرَجْلُهُ الْيُمْنَى بِسَرَقَةِ طِفْلِ مَنْ حِرْزٌ مِثْلُهُ أَوْ رُبْعُ دِينَارٍ أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ خَالِصَةٍ أَوْ مَا يُسَاوِيهَا بِالْبَلَدِ شَرَعًا وَإِنْ كَمَاءٌ أَوْ جَارِحٌ لَتَعْلِيمِهِ أَوْ جِلْدُهُ بَعْدَ دَبْحِهِ أَوْ جِلْدٌ مَيْتَةٍ إِنْ زَادَ دَبْعُهُ نَصَابًا أَوْ ظَنًّا فَلَوْسًا أَوْ الثُّوبُ فَارِغًا أَوْ شَرِكَةٌ صَبِي لَا أَبٍ وَلَا طَيْرٍ لِإِجَابَتِهِ.

متن الخطاب سرقة غير المال، وقال ابن عرفة: السرقة أخذ مكلف [حرا صغيراً¹⁸⁵⁰] لا يعقل لصغره، أو مالا محترماً لغيره نصاباً أخرجه من [حرزه بقصد واحد¹⁸⁵¹] خفية لا شبهة له فيه، فيخرج أخذ غير الأسير مال حربي، وما اجتمع بتعدد إخراج وقصد و[أخذ¹⁸⁵²] الأب مال ولده والمضطر في المجاعة. انتهى. وقوله: "وتحسم بالنار" انظر هل الحسم بالنار واجب على الإمام، أو المقطوعة يده؟ والظاهر أنه يجب عليهما، وقد صرح الأبي عن ابن عرفة أنه يجب على المقطوعة يده بحق المداواة، ونصه في شرح مسلم في شرح حديث: {من قتل نفسه¹} من كتاب الإيمان قال ابن عرفة: من قطعت يده بحق لا يجوز له ترك المداواة، وإن تركها حتى مات فهو من معنى قتل النفس، بخلاف من قطعت يده ظلماً فله ترك المداواة حتى يموت وإثمه على قاطعه. انتهى. وانظر لو ترك الإمام الحسم [حتى مات¹⁸⁵³] حيث يجب عليه، والظاهر أنه آثم إن تعمد. والله أعلم.

ص: إلا لشلل ش: ظاهره ولو كان ينتفع بها، وهو كذلك لابن وهب كما نقله في التوضيح، لكن ينبغي أن يقيد ذلك بأن يكون شللاً بيناً، وأما لو كان شللاً خفيفاً فإنه لا يمنع القطع. قال ابن عرفة: الباجي: إن كانت يمناه شلاء ففي الموازية إن كان الشلل بيناً لا يقتصر منه لم يقطع. اللخمي: قال ابن وهب في مختصر ما ليس في المختصر: تقطع إن كان ينتفع بها. انتهى. تنبيهه: انظر قول اللخمي: ولو كان أعسر قطعت يده اليسرى مع وجود اليمنى؛ لأنها التي/ سرقت فإنه غريب، ولم أقف عليه لغيره، ونقله ابن غازي، ولم يتعقبه ابن عرفة ولا المصنف في التوضيح. ص: أو جارحاً لتعليمه ش: يريد غير الكلب لأن الكلب؛ لا يقطع سارقه ولو كان مأذوناً في اتخاذه كما سيصرح بذلك المصنف.

307

1 - من قتل نفسه بحديدة فحديته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً ومن شرب سما فقتل نفسه فهو يتحساه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 109، دار إحياء التراث العربي.

الحديث

1850 - في المطبوع وما يابى 217 (حرا لا يعقل) ويم ص 115 ويحيى ص 135 وم ص 99 حر لا يعقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306.
1851 - في المطبوع حرز بقصد وأخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 ويحيى ص 135 ويم ص 115 وم ص 99 (وما يابى 217 حرزه بقصد وأخذ).
1852 - ساقط من المطبوع وما يابى 217 ويحيى ص 135 ويم ص 115 وم ص 99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 والرياض ج 2 ص 649.
1853 - ساقطة من المطبوع وم ص 99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 ويحيى ص 135 ويم ص 115 وما يابى 217.

نص خليل

وَلَا إِنْ تَكَمَّلَ بِمَرَارٍ فِي لَيْلَةٍ أَوْ اشْتَرَكَ فِي حَمَلٍ إِنْ اسْتَقْلَ كُلٌّ وَلَمْ يَنْبُتْ نَصَابٌ مِلْكٌ غَيْرَ وَلَوْ كَذَبَهُ رَبُّهُ أَوْ أَخَذَ لَيْلًا وَادَّعَى الْإِرْسَالَ وَصَدَّقَ إِنْ أَشْبَهَ لَا مِلْكِهِ مِنْ مُرْتَهِنٍ وَمُسْتَأْجِرٍ كَمِلْكِهِ قَبْلَ خُرُوجِهِ مُحْتَرَمٌ لَا خَمْرٌ وَطُبُورٌ إِلَّا أَنْ يُسَاوِيَ بَعْدَ كَسْرِهِ نَصَابًا وَلَا كَلْبٌ مُطْلَقًا وَأَضْحِيَّةٌ بَعْدَ ذَبْحِهَا بِخِلَافٍ لِحُمُومِهَا مِنْ فَقِيرٍ تَأَمَّ الْمِلْكُ لَا شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ وَإِنْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَوْ الْغَنِيمَةِ أَوْ مَالِ شَرِكَةٍ إِنْ حُجِبَ عَنْهُ وَسَرَقَ فَوْقَ حَقِّهِ نَصَابًا لَا الْجَدَّ وَلَوْ لَأَمٌّ وَلَا مِنْ جَاحِدٍ أَوْ مُطَاطَلٍ لِحَقِّهِ مُخْرَجٌ مِنْ حِرْزٍ بَأَنْ لَا يُعَدَّ الْوَاضِعُ فِيهِ مُضَيِّعًا وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ هُوَ أَوْ ابْتَلَعَ دُرًّا أَوْ ادَّهَنَ بِمَا يَحْصُلُ مِنْهُ نَصَابٌ أَوْ أَشَارَ إِلَى شَاةٍ بِالْعَلْفِ فَخَرَجَتْ أَوْ اللَّحْدُ أَوْ الْخَبَاءُ أَوْ مَا فِيهِ أَوْ حَانُوتٍ أَوْ فَنَائِهِمَا أَوْ مَحْمِلٍ أَوْ ظَهَرَ دَابَّةٌ وَإِنْ غِيبَ عَنْهُنَّ أَوْ بَجَرِينَ أَوْ سَاحَةَ دَارٍ لِأَجْنَبِيٍّ إِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ كَالسَّفِينَةِ أَوْ خَانَ لِلْإِثْقَالِ أَوْ زَوْجٍ فِيمَا حُجِرَ عَنْهُ أَوْ مَوْقِفٍ دَابَّةٍ لِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ قَبْرِ أَوْ بَحْرٍ لِمَنْ رُمِيَ بِهِ لِكْفَنِ أَوْ سَفِينَةٍ بِمَرَسَةٍ أَوْ كُلِّ شَيْءٍ يَحْضُرُهُ صَاحِبِهِ أَوْ مِنْ مَطْمَرٍ قَرَبٍ أَوْ قَطَارٍ وَنَحْوِهِ.

متن الخطاب

308 ص: لا إن تكمل بمرار في ليلة ش: هذا قول ابن القاسم/ في سماع أبي زيد في السارق يدخل البيت في ليلة عشر مرات، يخرج في كل مرة بقيمة درهم أو درهمين أنه لا قطع عليه حتى يخرج في مرة واحدة بقيمة ثلاثة دراهم خلافا لسنحون فإنه قال: / يقطع إذا اجتمع مما خرج به ما يجب فيه القطع إذا كان ذلك في فور واحد. قال ابن رشد: فلم يصدق سحنون في أنها سرقات مفترقات إذا كانت في فور واحد، وصدقه ابن القاسم، وقوله أولى؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات. قال: وهذا فيما يحتمل أن يكون عاد فيه لسرقة أخرى، وأما مثل القمح وشبهه من المتاع الذي يجده مجتمعا ولا يقدر أن يخرج في مرة واحدة فينقله شيئا فشيئا فهذه سرقة واحدة؛ لأنه إنما خرج بنية العود فلا يصدق أنها¹⁸⁵⁴ سرقة أخرى بنية كما¹⁸⁵⁵ قاله في سماع أشهب، فلا ينبغي أن يختلف فيه. انتهى بالمعنى.

309

فرع: من سرق نصابا من مال مشترك بين جماعة، وحصة كل واحد منهم دون النصاب فإنه يقطع. قال في المقدمات: يجب القطع في النصاب بإخراجه من الحرز سرقة واحد من واحد أو جماعة من جماعة أو جماعة من واحد أو واحد من جماعة إذا تعاونوا في إخراجه لحاجتهم إلى التعاون في ذلك، وأطال في ذلك إلى أن قال: ولا اختلاف أحفظه في سرقة الواحد ما يجب فيه القطع من الجماعة المشتركين أنه يقطع. انتهى.

قلت: وهذا فيما يكون مشتركا، وأما إذا سرق من حرزين قدر نصاب فلا قطع عليه. قال في النوادر: ومن كتاب ابن المواز ومن سرق من حرزين قدر ربع دينار. قال عبد الملك: لا يقطع حتى يسرق من حرز واحد وإن كان ذلك لرجلين. انتهى. ثم قال: وروي عن مالك في غرائر بالسوق مجتمعة للبيع فسرق رجل من كل غرارة شيئا حتى اجتمع له [ما يقطع في مثله¹⁸⁵⁶] أنه لا يقطع حتى يسرق من كل غرارة ما يجب فيه القطع؛ لأن كل غرارة حرز لما فيها وشاور الأمير فيها من حضر من العلماء

الحديث

1854 - في م 99 ورم 136 وسيد 41 ومايبي 217 فلا يصدق في أنها.

1855 - في م 99 ورم 136 وسيد 41 سرقة أخرى بنية ثانية كما.

1856 - في المطبوع يقطع فيه في وما بين المعقوفين من م 99 ورم 136 ومايبي 218 ويحيى 479.

نص خليل

أَوْ أزالَ بابَ الْمَسْجِدِ أَوْ سَقَفَهُ أَوْ أَخْرَجَ قَنَادِيلَهُ أَوْ حَصَرَهُ أَوْ بَسَطَهُ إِنْ تُرَكَّتْ بِهِ أَوْ حَمَّامٌ إِنْ دَخَلَ لِلسَّرْقَةِ أَوْ نَقَبَ أَوْ تَسَوَّرَ أَوْ بَحَارَسَ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي تَقْلِيلِ وَصِدْقٍ مُدَّعِي الْخَطَا أَوْ حَمَلَ عَبْدًا لَمْ يُعَيِّرْ أَوْ خَدَعَهُ أَوْ أَخْرَجَهُ فِي ذِي الْإِذْنِ الْعَامِّ لِمَحَلِّهِ لَا إِذْنٍ خَاصٍّ كَضَيْفٍ مِمَّا حُجِرَ عَلَيْهِ وَلَوْ خَرَجَ بِهِ مِنْ جَمِيعِهِ.

متن الخطاب

فأفتوا أن عليه القطع، وأفتى مالك بما ذكرنا فرجعوا إليه، وكان أول من رجع إليه ربيعة. انتهى.
وذكر القصة في المدارك وقال [إن¹⁸⁵⁷] هذه المسألة مما [عرف به¹⁸⁵⁸] فضل مالك.

ص: أو أزال باب المسجد أو سقفه [أو أخرج¹⁸⁵⁹] قناديله أو حصره أو بسطه إن تركت فيه

ش: يعني أن من أزال باب المسجد عن موضعه/ خفية على وجه السرقة فإنه يقطع، وسواء خرج [به¹⁸⁶⁰] من المسجد أم لا، وكذلك إذا أزال خشبة من سقفه عن موضعها خفية على وجه السرقة فإنه يقطع، سواء خرج بها من المسجد أم لا، وكذلك كل شيء ثابت في المسجد [ومتشبه¹⁸⁶¹] به ومسمر فيه كحصره [المسمرة¹⁸⁶²] فيه [والمخيط¹⁸⁶³] بعضها إلى بعض، وكذلك بلاطه المبنية وسلاسل قناديله المسمرة فيه فإنه يقطع إذا أزال شيئاً من ذلك عن موضعه، ولا خلاف في ذلك، وأما ما ليس بمتشبه به ولا مسمر فيه كقناديله المعلقة فيه وحصره التي لم تسمر فيه ولم [يخط¹⁸⁶⁴]

310

بعضها إلى/ بعض فاختلف فيمن سرق شيئاً من ذلك هل يقطع أم لا؟ فالذي مشى عليه المصنف وهو قول مالك أنه يقطع وإن أخذ قبل أن يخرج به من المسجد، وأما بسط المسجد فإنها إن كانت متروكة فيه ليلاً ونهاراً فهي كالحصر، وأما إن كانت تحمل وترد فلا قطع فيها.

311

قال في أول كتاب السرقة من البيان: من سرق من المسجد الحرام أو غيره من المساجد شيئاً مما هو متشبه به كجائزة من جوائزه أو باب من أبوابه أو [ثرية من ثرياته¹⁸⁶⁵] المعلقة به المتشبهة به أو حصير قد سمر في حائط من حيطانه أو خيط إلى ما سواه من الحصر على ما روي عن سحنون فلا اختلاف في وجوب القطع على من سرق شيئاً من ذلك من موضعه وهو متشبه به، وأما ما سرقه من ذلك وهو غير متشبه به كقناديل موضوعة في [ثرياته¹⁸⁶⁶] أو حصر موضوعة في مواضعها فقل إن موضعها حرز لها يقطع وإن أخذ قبل أن يخرج بها من المسجد، وقيل إنه لا قطع في شيء من ذلك كله وإن خرج به من المسجد اختلف في ذلك قول ابن القاسم على ما يأتي في رسم نقدها من سماع

الحديث

1857 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 99 ويحيى 479 ويم 136 وسيد 41 ومايaby 218.

1858 * - في المطبوع يعرف بها وما بين المعقوفين من م 99 ويحيى 479 ويم 136 وسيد 41 ومايaby 218.

1859 * - في المطبوع وأخرج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1860 * - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من م 136 ومايaby 218 وم 99 وسيد 41.

1861 * - في المطبوع ويمثبت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1862 - في المطبوع المستتر وما بين المعقوفين من يحيى 479 وسيد 41 في م 99 ويم 136 ومايaby 218 كحصره المستمرة فيه ص 310.

1863 * - في المطبوع المخيط وما بين المعقوفين من يحيى 479 ومايaby 218 وسيد 41.

1864 * - في المطبوع يخطط وما بين المعقوفين من م 137 وسيد 41.

1865 * - في المطبوع أو ثرية من ثرياته وما بين المعقوفين من سيد 41 وم 99 ومايaby 219 والبيان ج 16 ص 206.

1866 * - في المطبوع ثرياتها وما بين المعقوفين من مايaby 218 والبيان ج 16 ص 206.

عيسى. انتهى. ثم قال في رسم نقدها من سماع عيسى: قال ابن القاسم: من سرق حصر المسجد قطع وإن كان من المسجد الحرام الذي لا أبواب له، وليست الأبواب بالتي تحرز، ومن سرق الأبواب أيضا قطع ومن سرق القناديل فإني أرى أن يقطع سرق ذلك ليلا أو نهارا، وقد قال ابن القاسم في كتاب [أسلم¹⁸⁶⁷] وله بنون صغار في الذي يسرق من حصر المسجد إن كانت سرقة نهارا لم أر عليه قطعا، وإن كان تسور عليها ليلا بعد أن أغلق فأخرج منها ما يكون فيه القطع قطع، وقال فيه أيضا في الذي يسرق من المسجد الحرام أو مسجد لا يغلق عليه إنه لا يقطع. انتهى. وقال في التوضيح: القول بأنه يقطع في القناديل وفي الحصر، كان على المسجد غلق أم لا مالك، وسوى بين الليل والنهار. قال: وقاله ابن الماجشون وأصبع، ولذلك اقتصر عليه المصنف.

تنبيهات: الأول: إذا قلنا يقطع إذا سرق قناديل المسجد أو حصره أو بسطه ولو لم تكن مسمرة ولا مخيطة فلا يشترط أن يخرج بذلك من المسجد كما يتبادر ذلك من لفظ المصنف؛ أعني قوله أو أخرج قناديله أو حصره، وقد تقدم التصريح بذلك في كلام ابن رشد. وقال في التوضيح لما اعترض على ابن الحاجب في أن عبارته توهم أنه لا يقطع في سقف المسجد وبابه حتى يخرج به من المسجد. قال: وليس كذلك، والصواب لو قال وموضع الباب والسقف حرز؛ لأنه يجب القطع وإن لم يخرج به من المسجد نص عليه صاحب البيان وغيره ونص عليه مالك في الواضحة في البلاط والحصر والقناديل. انتهى. وقال في الجواهر بعد أن ذكر الخلاف في القطع في قناديله وحصره: ويقطع في القناديل والحصر والبلاط: وإن أخذ في المسجد كان في ليل أو نهار وحرزها مواضعها، وكذلك الطنفسة ببسطها الرجل في المسجد لجلوسه إذا كانت تترك فيه ليلا ونهارا كالحصير، وقاله مالك، وأما الطنافس تحمل وترد فربما نسيها صاحبها وتركها فلا يقطع فيها، وإن كان على المسجد غلق؛ لأن الغلق لم يجعل من أجلها.

وقال ابن القاسم في العتبية فيمن سرق من بسط المسجد التي تطرح فيه في رمضان فإن كان عنده صاحبه قطع وإلا فلا. انتهى. وقوله إنه لا يقطع إذا سرق البسط التي لا تترك في المسجد ولو كان عليه غلق، يريد إذا لم يسرقها بعد أن أغلق عليها، وأما إذا سرقها بعد أن أغلق عليها فإنه يقطع إذا أخرجها من المسجد إلا على قول أشهب السابق فيحمل قول المصنف: "أو أخرج قناديله أو حصره" على أن المراد إذا أخرجها من موضعها لا على أن المراد إذا أخرجها من المسجد، وحمل البساطي كلام المصنف على ظاهره، وأنه لا يقطع حتى يخرج القناديل والحصر والبسط من المسجد، وهذا مخالف لما تقدم من نصوص المذهب، وليس ثم قول يفرق بين سقف المسجد وحصره وقناديله إذا قلنا بوجوب القطع في ذلك فتأمله./

312

الثاني: ما ذكره المصنف عن صاحب البيان في سقف المسجد وبابه، وأنه لا يشترط أن يخرج به من المسجد هو ظاهر من كلامه السابق؛ لأنه لما صرح بذلك فيما ليس متشبثا بالمسجد ولا مسمرا فيه فالمتشبث به والمسمر فيه أخرى بذلك، وكلامه في المتشبث لا يقتضي أنه لا يقطع حتى يخرج به، بل

نص خليل

وَلَا إِنْ ثَقَلَهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ وَلَا فِيمَا عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَعَهُ وَلَا عَلَى دَاخِلٍ تَنَاولَ مِنْهُ الْخَارِجُ وَلَا إِنْ اخْتَلَسَ أَوْ كَابَرَ أَوْ هَرَبَ بَعْدَ أَخْذِهِ فِي الْجِرْزِ وَلَوْ لِيَأْتِيَ بِمَنْ يَشْهَدُ عَلَيْهِ أَوْ أَخَذَ دَابَّةً بِبَابِ مَسْجِدٍ أَوْ سُوقٍ أَوْ ثَوْبًا بَعْضُهُ بِالطَّرِيقِ أَوْ ثَمَرًا مُعَلَّقًا إِلَّا بِغَلَقِ فَقُولَانِ وَإِلَّا بَعْدَ حَصْدِهِ فَتَالِثُهَا إِنْ كُدُسَ وَلَا إِنْ ثَقَبَ فَقَطَّ وَإِنْ التَّقْيَا وَسَطَ الثَّقَبِ أَوْ رَبَطَهُ فَجَذَبَهُ الْخَارِجُ قُطْعًا وَشَرَطَهُ التَّكْلِيفُ فَيُقَطَّعُ الْحَرُّ وَالْعَبْدُ وَالْمُعَاهَدُ وَإِنْ لِيُمِثِّلَهُمْ إِلَّا الرَّقِيقَ لِسَيِّدِهِ وَتَبَتَّتْ بِإِقْرَارٍ إِنْ طَاعَ وَإِلَّا فَلَا وَلَوْ أَخْرَجَ السَّرِقَةَ أَوْ عَيَّنَ الْقَتِيلَ وَقَبِلَ رُجُوعَهُ وَلَوْ بِلَا شُبْهَةٍ.

متن الخطاب

فيه أيضا ما يفهم منه أنه يقطع بمجرد سرقة من موضعه فتأمل. وإنما نهبت على هذا لأن بعض الناس توقف فيما ذكره المصنف في التوضيح عن صاحب البيان، وذلك مما لا ينبغي أن يتوقف فيه. والله أعلم.

الثالث: هذا الكلام كله إنما هو فيما سرق من المسجد، وأما ما سرق من بيت مغلق في المسجد كبيت للقناديل ونحوه فإنه لا يقطع حتى يخرج بالشيء المسروق من البيت المغلق، فيقطع حينئذ ولو أخذ في المسجد، وهذا إذا لم يؤذن له في دخول ذلك البيت، وأما إن أذن له في دخوله فلا قطع عليه، وكذلك من سرق من [حلي¹⁸⁶⁸] الكعبة الداخل فيها المغلق عليه بابها فإنه إن كان سرق في الوقت الذي أذن له في دخولها فلا قطع عليه، وإن سرق في غير الوقت الذي أذن له في دخولها فإنه لا قطع عليه حتى يخرج به من الكعبة، [فإذا خرج به من الكعبة¹⁸⁶⁹] إلى محل الطواف قطع وإن لم يخرج به من المسجد. قاله في أول كتاب السرقة من البيان قال: لأن حكم البيت الحرام الذي لا يدخل إلا بإذن فيما سرق منه حكم البيت يكون في المسجد يختزن فيه ما يحتاج إليه في المسجد من زبته وقناديله وحصره لا قطع على من دخله بإذن فسرق منه ما يجب فيه القطع.

الرابع: أما حلي الكعبة الذي في بابها وفي جدارها من خارج كالحلي الذي على الحجر الأسود فحكمه حكم ما كان مسمرًا في المسجد. قال في التوضيح: نقل ابن الماجشون عن مالك القطع في حلي باب الكعبة. انتهى. وكذلك حكم الرصاص الذي في أرض المطاف والذي في أساطين المسجد، وكذلك حكم كسوة الكعبة الظاهرة حكم ما هو مسمر في المسجد ومتشبه به، وأما الكسوة الداخلة فحكمها حكم حليها المغلق عليه بابها، وكذلك حكم كسوة المقام والقناديل المعلقة فيه في الموضع الذي يعلق عليه وهذا كله ظاهر، ولم أره منصوصا. والله أعلم.

الخامس: علم من كلام الجواهر المتقدم أنه لا يشترط في البسط أن تكون للمسجد موقوفة عليه، وأنها لو كانت ملكا لشخص ولكنها متروكة في المسجد ليلا ونهارا كان ذلك حكمها، والظاهر أن الحصر كذلك، وكذلك القناديل بالإضافة للمسجد في ذلك كله إنما هي لكون المسجد ظرفا لها، والإضافة يكتفي فيها بأدنى ملابسة فتأمل. والله أعلم.

الحديث

1868 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 ويحيى ص 137 ويم ص 116 وم ص 100 وما يابى 219.

1869 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 100 وسيد 41 ويحيى 480 وما يابى 219.

نص خليل

وَأَنْ رَدَّ الْيَمِينِ فَحَلَفَ الطَّالِبُ أَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ أَوْ وَاحِدٌ وَحَلَفَ أَوْ أَقَرَّ السَّيِّدُ فَالْغَرْمُ بِلَا قَطْعٍ
وَأَنْ أَقَرَّ الْعَبْدُ فَالْعَكْسُ وَوَجِبَ رَدُّ الْمَالِ إِنْ لَمْ يُقْطَعْ مُطْلَقًا أَوْ قُطِعَ إِنْ أَيْسَرَ إِلَيْهِ مِنَ الْأَخْذِ وَسَقَطَ الْحَدُّ
إِنْ سَقَطَ الْعُضْوُ بِسَمَاوِي لَا بِتَوْبَةٍ وَعَدَالَةٍ وَإِنْ طَالَ زَمَانُهُمَا وَتَدَاخَلَتْ إِنْ اتَّحَدَ الْمُوجِبُ كَقَذْفٍ وَشُرْبٍ.

متن الخطاب

ص: ولا إن نقب ش: ما ذكره ابن غازي ظاهر، وقد أشار في التوضيح إلى بعضه، ومسائل المذهب تدل على أن المساعدة في الحرز لا توجب القطع. نعم قد يؤخذ ذلك من مسألة ما إذا التقيا وسط النقب، ومسألة ما إذا ربطه الداخل وجذبه الخارج، لكنه في الحقيقة عند التأمل لا يدل على ذلك، فأشبهه ما إذا حملا شيئا لا يقدر كل واحد على حمله فإنهما يقطعان.
ص: إلا الرقيق لسيده ش: فإنه لا يقطع لأنه لا يجتمع عليه غرامتان ذهاب ملكه وإتلاف عبده، ولو رضي السيد بذلك لم يقطع؛ لأنه لا يوافق على إتلاف المال إلا حيث أمر الشرع به.
ص: وإن رد اليمين ش: حيث تتوجه اليمين على المدعى عليه بالسرقة بأن يكون متهما، وفي المتوسط على القول بتوجهها عليه.

313

ص: وسقط الحد أن سقط العضو بسماوي ش: قال الشارح في الوسط: ابن شاس: ولو سرق ولا يمين له سقط الحد. انتهى. وما ذكره عن ابن شاس ليس هو كذلك، والذي في الجواهر: ولو سرق فسقطت يمينه بآفة سقط الحد. انتهى. وأما مسألة من لا يمين له فقال فيها: ولو كان لا يمين له فسرق [قطعت¹⁸⁷⁰] يده اليسرى في الرواية الأخيرة، وفي الأولى تقطع رجله اليسرى. انتهى. وإلى ذلك أشار المؤلف في أول الباب بقوله: "فرجله اليسرى ومحى ليده اليسرى"، وفي الشرح الصغير نحو ما في الوسط، وأما في الشرح الكبير فذكر [عبارة ابن¹⁸⁷¹] شاس التي ذكرناها. والله أعلم.
ص: وتداخلت إن اتحد الموجب كقذف وشرب وإلا تكررت ش: قال في المدونة: ومن قذف وشرب خمرا سكر منها أو لم يسكر جلد حدا واحدا. قال أبو الحسن: انظر لو جلد في أحدهما ثم علم أن الآخر قبله فذكر ابن يونس عن ابن المواز أن شرب الخمر وضرب الحد له، ثم ثبت بعد ذلك أنه افتري على رجل قبل شربه فإن ضربه للخمر يجزى، وكذلك لو افتري على رجل فضرب له الحد ثم ثبت أنه قد شرب الخمر قبل ذلك فإنه لا يضرب له ثانية، وقاله أصبغ، وقال هو الصواب والسنة والمجمع عليه. انتهى كلام المدونة من كتاب الشرب وكلام ابن يونس الذي نقله أبو الحسن من القذف.

فرع: قال في كتاب القذف من المدونة: وكل [حد¹⁸⁷²] لله أو قصاص اجتمع مع القتل فالقتل يأتي على ذلك كله إلا حد القذف. قال أبو الحسن: ظاهره وإن كان المقذوف هو المقتول وأنه يحد ثم يقتل كغيره، وقال أبو عمران: قال وللورثة أن يقوموا بحد المقذوف فيحد ثم يقتل [للقصاص¹⁸⁷³]. اهـ.

الحديث

1870 - في المطبوع وقطعت وما بين المعقوفين من يحيى 480 وم 100 ويم 137 وسيد 42.

1871 - * في المطبوع عبارة عن ابن والمثبت من ن عدود ص 313 ويحيى 480 ويم 137 وم 100.

1872 - في المطبوع حر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 ويحيى ص 137 ويم ص 116 وم ص 100 وما يابى 220.

1873 - في المطبوع لا قصاص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 ويحيى ص 137 ويم ص 116 وم ص 100 وما يابى 220.

نص خليل
أَوْ تَكَرَّرَتْ. بَابُ الْمُحَارَبِ قَاطِعُ الطَّرِيقِ لِمَنْعِ سُلُوكِ أَوْ أَخْذِ مَالِ مُسْلِمٍ أَوْ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ
الْغَوْثُ وَإِنْ انْفَرَدَ بِمَدِينَةٍ كَمُسْقِي السَّيْكَرَانَ لِذَلِكَ وَمُخَادِعِ الصَّبِيِّ أَوْ غَيْرِهِ لِيَأْخُذَ مَا مَعَهُ وَالِدَاخِلِ فِي
لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ فِي زُقَاقٍ أَوْ دَارٍ قَاتِلٍ لِيَأْخُذَ الْمَالَ.

متن الخطاب
فعلم منه أن القتل يدخل فيه حد غير القذف ولو كان قصاصا، وهذا هو الظاهر من نصوصهم، وقال
الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: "من لزمته حدود وقتل فالقتل يجزىء عن ذلك إلا في القذف
فليحد قبل أن يقتل" ما نصه: ظاهره / ولو كان القتل قودا ولم أقف عليه. انتهى فتأمله مع ما تقدم.
والله أعلم.

314

ص: وإلا تكررت ش: كالزنى والشرب وكالزنى والقذف، وقيل يكتفي بالأكثر. والله أعلم.
ص: باب المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك أو أخذ مال مسلم أو غيره على وجه يتعذر معه
الغوث ش: قال ابن عرفة: الحاربة الخروج لإخافة سبيل بأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو
ذهاب عقل أو قتل خفية، أو لمجرد قطع الطريق لا لإمرة ولا لنائرة ولا عداوة فيدخل قولها:
والخناقون والذين يسقون الناس السيكران ليأخذوا أموالهم محاربون. انتهى. ومعنى كلام المصنف أن
المحارب هو من قطع الطريق على الناس، ومنعهم من السلوك فيها وإن لم يقصد أخذ المال، [ومن
أخذ المال¹⁸⁷⁴] على وجه يتعذر معه الغوث فينبغي أن يقرأ قوله: "أو أخذ المال" بمد الهمزة وكسر
الخاء على أنه اسم فاعل، وأما إذا قرئ بسكون من غير مد بصيغة المصدر فلا يكون جامعا؛ لأنه
يكون معطوفا على قوله: "لمنع سلوك" فيقتضي أن المحارب هو من قطع الطريق لمنع السلوك أو من
قطعها لأخذ المال، ويخرج منه من قاتل لأخذ المال من غير قطع الطريق، ويخرج من ذلك من دخل
دارا أو زقاقا أو قاتل ليأخذ المال ومسقى السيكران ومخادع الصبي أو غيره ليأخذ ما معه، ولهذا قال
ابن الحاجب: الحاربة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه [تتعذر معه¹⁸⁷⁵] الاستغاثة عادة من
رجل أو امرأة أو حر أو عبد أو مسلم أو ذمي أو مستأمن، إلا أن قوله على وجه يتعذر معه الغوث
أحسن من قول ابن الحاجب: تتعذر معه الاستغاثة، فإن المسلوب يستغيث وجد مغيثا أم لا، فهو لا
تتعذر عليه الاستغاثة.

تنبيهان: الأول: ينبغي أن يؤتى في حد الحاربة بما يشعر بخروج قطع الطريق على الحربي وأخذ
ماله، فيقال مثلا المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك غير حربي أو أخذ مال محترم أو معصوم كما
أشار إلى ذلك ابن عرفة وصاحب الشامل، وكأنهم سكتوا عن ذلك لوضوحه. والله أعلم.
الثاني: انظر هل يشترط في المحارب التكليف؟ لم يتعرض له المصنف، وقال ابن عرفة الصبي إن
حارب ولم يحتلم ولا أنبت عوقب ولم يقم عليه حد الحاربة. قال: والمجنون يعاقب لينزجر إلا أن
يكون الذي به الأمر الخفيف فيقام عليه الحد. انتهى. وذكر مسألة الصبيان في المدونة، ونصها: وأما
الصبيان فلا يكونون محاربين حتى يحتلموا، وقال أبو الحسن حتى يبلغوا. ثم قال في المدونة عقب

الحديث

1874 - ساقط من المطبوع ويحيى ص 137 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 ويم ص 117 وم ص 100
وما يابى 220.

1875 * - في المطبوع يتعذر وما بين المعقوفين من يم 138 وما يابى 221 ويحيى 480.

نص خليل
فَيَقَاتِلُ بَعْدَ الْمُنَاشِدَةِ إِنْ أَمَكَنَ ثُمَّ يُصَلِّبُ فَيُقْتَلُ أَوْ يُنْفَى الْحُرُّ كَالزَّانَا وَالْقَتْلُ أَوْ تُقَطَّعُ يَمِينُهُ وَرِجْلُهُ
الْيُسْرَى وَلَا.

متن الخطاب
كلامه السابق: وإن قطعوا الطريق إلى مدينتهم التي خرجوا منها فهم محاربون، وقال أبو الحسن:
هذا راجع إلى أهل الذمة لا إلى الصبيان. انتهى.

315
ص: فيقاتل بعد المناشدة ش: أي على وجه الاستحباب. قال ابن رشد في رسم نذر من سماع/
عيسى من كتاب المحاربين: واستحب مالك أن يدعوا إلى التقوى والكف فإن أبوا قوتلوا، وإن عاجلوا
قوتلوا وأن يعطوا الشيء اليسير إن طلبوه كالثوب والطعام وما خف ولم يقاتلوا، ولم ير سحنون أن
يعطوا شيئا ولو قل، ولا أن يدعوا، وقال: هذا وهن يدخل عليهم وليظهر لهم الصبر والجلد والقتال
بالسيف فهو أكسر لهم وأقطع لطمعهم، ذهب في ذلك مذهب ابن الماجشون، وقول مالك أحسن. والله
أعلم.

ص: ثم يصلب ش: هذا خاص بالرجل قال اللخمي: وأما المرأة فحدها صنفان القطع من خلاف
والقتل، ويسقط عنها [ثالث¹⁸⁷⁶] وهو الصلب، ويختلف في رابع وهو النفي. انظر بقية كلامه ونقله
في الشامل وغيره.

ص: أو ينفي الحر ش: لم يذكر هنا مع النفي ضربا، وذكره بعد ذلك، [وذكر¹⁸⁷⁷] المصنف في
التوضيح تبعا لابن عبد السلام أن مذهب المدونة أنه لا بد مع النفي من الضرب، ونصه في شرح قول
ابن الحاجب: ولغيرهما ولمن وقعت منه فلتة [النفي¹⁸⁷⁸] ويضربهما إن شاء. قوله: "إن شاء" ظاهر
المدونة أنه لا بد من ضربه لقوله: والذي يؤخذ بحضرة الخروج، ولم يخف السبيل ولم يأخذ المال
فهذا يؤخذ فيه [بأيسر¹⁸⁷⁹] الحكم لم أر به بأسا؛ وذلك الضرب والنفي، [و¹⁸⁸⁰] ما ذكره أنسب
بمذهب أشهب، فإنه قال إن جلده مع النفي لضعيف، وإنما استحسنت لما خفف عنه من غيره، ولو
قاله قائل لم أعبه، وقوله: وإنما استحسنت؛ أي لأنه زيادة على النص. انتهى. وذكر ابن عرفة كلام
ابن الحاجب. ثم قال بعده: تقدم الخلاف في لزوم الضرب والنفي. ثم قال اللخمي: ضربه قبل النفي
استحسان كما قال أشهب. ثم ذكر كلام ابن عبد السلام. ثم قال في الرجم منها: ولا ينفي الرجل [ولا
ينفي الرجل الحر¹⁸⁸¹] إلا في الزنى [أو في¹⁸⁸²] حراة فيسجنان جميعا في الموضع الذي ينفي إليه،
يسجن الزاني سنة والمحارب حتى تعرف توبته. قال ابن عرفة: فظاهره عدم الضرب، وفي كتاب
المحاربين: وليس للإمام أن يعفو عن أحد من المحاربين ولكن يجتهد في نفيه وضربه فظاهره أو نصه
ثبوت الضرب. انتهى.

الحديث

1876 * - في المطبوع ثالثا والمثبت من يحيى 481 وم 101 ويم 138 وميايى 221.

1877 - في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من ماييى 221 ويحيى 481.

1878 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 ويحيى ص 138 ويم ص 117 وميايى 221.

1879 - في المطبوع بأسير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 ويحيى ص 138 ويم ص 117 وم 101

وميايى 221.

1880 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 315.

1881 * - في المطبوع ومنها لا ينفي الرجل وما بين المعقوفين من م 101 ويم 138 وميايى 221 وسيد 42.

1882 * - في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ماييى 221 ويم 138.

نص خليل وبالقتل يجب قتله ولو بكافر أو بإعانة.

متن الخطاب تنبيهات: الأول: قدر الضرب موكول إلى اجتهاد الإمام كما في نص المدونة الذي ذكره ابن عرفة، وقال أبو الحسن في شرح قوله: ولكن يجتهد الإمام في ضربه ونفيه، أما في ضربه فعلى قدر جرمه وكثرة مقامه في فساده، وأما في نفيه فإن كان كثير الفساد نفاه إلى بلد بعيد، وإن كان قليل الفساد فإلى بلد قريب، وأقله ما تقصر فيه الصلاة، وهو يوم وليلة. انتهى. وقال في التوضيح قال ابن القاسم في الموازية وليس لجلده حد إلا الاجتهاد من الإمام. انتهى.

الثاني: نصوص المذهب صريحة في أن المحارب إذا نفي سجن في البلد الذي [ينفي¹⁸⁸³] إليه، سواء كان يخشى هروبه أم لا، وما حكاه الشيخ عبد الرحمن الثعالبي في تفسيره لما تكلم على آية المائدة من التفصيل بين من يخاف هروبه أو لا يخاف هروبه خلاف المعروف من المذهب. والله أعلم.

الثالث: وهل يجعل في عنقه الحديد؟ انظر تبصرة ابن فرحون.

ص: وبالقتل يجب قتله ش: يريد أو الصلب. قال في المقدمات: وأما إن قتل فلا بد من قتله ولا تخيير للإمام في قطعه ولا في نفيه، وإنما له التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف. اهـ. انظر آخر كلامه فإنه يناقض أوله، ونقله أبو الحسن ولم ينبه عليه، وله نحو ذلك في سماع عيسى من كتاب المحاربين، وقد قال في كتاب المحاربين من المدونة: وإذا أخذه الإمام وقد قتل، وأخذ المال، وأخاف السبيل فليقتله ولا يقطع يده ورجله والقتل يأتي على ذلك كله، فأما الصلب مع القتل فذلك إلى الإمام بأشنع ما يراه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله: ولا يقطع يده ورجله خلافا لأبي مصعب والقتل يأتي على ذلك كله كما إذا كان [عليه¹⁸⁸⁴] حدان: أحدهما القتل فيكون الآخر داخلا في القتل، فلعنه أشار إلى أبي حنيفة في قوله إن قتل وأخذ المال فالإمام مخير إن شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم قتله، وإن شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم صلبه،/ وإن شاء قتله من غير صلب ولا قطع. انتهى. ووقع في عبارة الرجراجي نحو ما وقع في عبارة ابن رشد فقال إن قتل فلا بد من قتله وليس للإمام في ذلك تخيير لا في قطعه ولا في نفيه، وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو نفيه. انتهى. فأول كلامه يناقض آخره فتأمل. ولا شك أنه سهو وتصحيف.

وأما كلام ابن رشد فإن حمل على أنه أراد أن الإمام مخير في قتله وفي قطع يده ورجله من خلاف من غير قتل فلا شك أنه سهو؛ لأنه قد نفى ذلك، وإن حمل على أنه أراد أن الإمام مخير بين قتله من غير صلب ولا قطع، وبين صلبه مع قتله وبين قطع يده ورجله ثم قتله فهو خلاف ما تقدم عن المدونة، ولا يقال قوله في المدونة: "ولا يقطع يده ورجله" يعني به من غير قتل؛ لأن قوله بعد والقتل يأتي على ذلك [يرده،¹⁸⁸⁵] وكذلك قوله: "فأما الصلب مع القتل الخ" وكلام الشيخ أبي الحسن

316

الحديث

1883 * - في المطبوع ينتقى وما بين المعقوفين من يحيى 481.

1884 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 315 وم 101 وم 138 ويحيى 481.

1885 - في المطبوع يرد به وما بين المعقوفين من ن عدود ص 316 ويحيى ص 138 ويم ص 117 وم ص 101 وما يابى 222.

نص خليل

وَلَوْ جَاءَ تَائِبًا وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ وَتُدْبَ لِذِي التَّدْبِيرِ الْقَتْلُ وَالْبَطْشُ الْقَطْعُ وَلِغَيْرِهِمَا وَلِمَنْ وَقَعَتْ مِنْهُ فَلْتَةُ
النَّفْسِ وَالضَّرْبُ وَالتَّعْيِينُ لِلْإِمَامِ لَا لِمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَنَحْوُهَا وَغَرَمَ كُلُّ عَنِ الْجَمِيعِ مُطْلَقًا وَاتَّبَعَ كَالسَّارِقِ
وَدَفَعَ مَا بَأْيَدِيهِمْ لِمَنْ طَلَبَهُ بَعْدَ الْإِسْتِثْنَاءِ وَالْيَمِينِ أَوْ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ مِنَ الرُّفْقَةِ لَا لِأَنْفُسِهِمَا وَلَوْ شَهِدَ
اثنان أَنَّهُ الْمُشْتَهَرُ بِهَا ثَبَّتَتْ وَإِنْ لَمْ يُعَايِنَاهَا وَسَقَطَ حَدُّهَا بِإِثْنَانِ الْإِمَامِ طَائِعًا أَوْ تَرَكَ مَا هُوَ عَلَيْهِ.
باب بِشْرَبِ الْمُسْلِمِ الْمُكَلَّفِ مَا يُسَكِّرُ جَنْسَهُ طَوْعًا بِلَا عُذْرٍ وَضُرُورَةٍ وَظَنَّهُ غَيْرًا وَإِنْ قَلَّ أَوْ جَهَلَ
وُجُوبَ الْحَدِّ أَوْ الْحَرَمَةَ لِقُرْبِ عَهْدٍ وَلَوْ حَقِيقًا يَشْرَبُ النَّبِيذَ وَصَحَّ نَفْيُهُ ثَمَانُونَ بَعْدَ صَحْوِهِ وَتَشَطَّرَ
بِالرَّقِّ وَإِنْ قَلَّ إِنْ أَقْرَأَ أَوْ شَهِدَا بِشْرَبِ.

متن الخطاب

الصغير يدل على أن مراده في المدونة [أنه¹⁸⁸⁶] لا يقطع يده ورجله مع قتله، ونقل ابن يونس كلام
المدونة بما هو كالصريح في ذلك فإنه قال: ولا تقطع يده ولا رجله، فهذا صريح في أن مراده أنه لا
يجمع مع القتل قطع يد ولا رجل؛ إذ لم يقل أحد أن قطع اليد الواحدة أو الرجل الواحدة حد
للمحارب فتأمله.

فرع: من اعترف أنه قتل غيلة ثم رجع فإنه يقبل رجوعه. انظر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب
السرقه، وكذلك إذا اعترف بالحرابة. قاله في المدونة.

ص: ولو جاء تائبًا وليس للولي العفو ش: ظاهره أنه إذا جاء تائبًا يتعين قتله، وليس لوليه
العفو، وليس كذلك. قال في المدونة: وإذا أتى المحارب تائبًا قبل أن يقدر [عليه¹⁸⁸⁷] سقط عنه ما
يجب عليه من حدود الحرابة، وثبت للناس ما عليه من نفس أو جرح أو مال، ثم للأولياء العفو فيمن
قتل، وكذلك المجروح في القصاص، وإن كانوا جماعة قتلوا رجلا، ولي أحدهم قتله وباقيهم عون له
فيؤخذون على تلك الحال قتلوا كلهم، وإن تابوا قبل أن يؤخذوا دفعوا إلى أولياء المقتول فيقتلون من
شاؤوا منهم، ويعفون عمن شاؤوا وأخذوا الدية ممن شاؤوا. انتهى. ونقله ابن عرفة وابن الحاجب
وغيرهما.

ص: وغرم كل عن الجميع مطلقا ش: قال ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب
الغصب: إذا اجتمع القوم في الغصب أو السرقة أو الحرابة فكل واحد منهم/ ضامن لجميع ما أخذوه؛
لأن بعضهم قوي ببعض، كالقوم يجتمعون على قتل رجل فيقتل جميعهم به وإن ولي القتل أحدهم،
وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعا¹. انتهى. قال
الداميني في حاشية البخاري في قوله لتجشمت لقاءه² وحكم الرد في جميع أحوال الإسلام حكم
المقاتل، وكذلك رد المحاربين عند مالك والكوفيين.

ص: وسقط حدها بإثبات الإمام طائعا ش: تصوره واضح. وإذا سقط حد الحرابة بالتوبة لم يسقط
حد الآدميين من قتل أو جرح أو مال على المعروف كما تقدم. والله أعلم.

ص: باب بشرب المسلم المكلف إلى قوله ثمانون بعد صحوه ش: تصوره واضح.

317

الحديث

1- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن غلاما قتل غيلة فقال عمر لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم، البخاري، الجامع
الصحيح، كتاب الديات، رقم الحديث 6896.
2- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب بدء الوحي، رقم الحديث 7.

1886 - في المطبوع وأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص316 ويحيى ص138 ويم ص117 وم ص101
وما يابى 222.
1887 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص315 ويحيى ص138 ويم ص117 وم ص101
وما يابى 222.

نص خليل

أَوْ شَمٌّ وَإِنْ خُولِفًا وَجَارَ لِإِكْرَاهٍ وَإِسَاغَةٍ لَا دَوَاءَ وَلَوْ طِلَاءً وَالْحُدُودُ بِسَوِّطٍ وَضَرْبٍ مُعْتَدِلَيْنِ قَاعِدًا بِلَا رِبْطٍ وَشَدِيدٍ.

متن الحطاب

فرع: قال في المسائل الملقطة: قال مطرف: وكان مالك يرى إذا أخذ السكران في الأسواق والجماعات قد سكر وتسلط بسكره وآذى الناس أو روعهم بسيف شهره أو حجارة رماها وإن لم يضرب أحدا أن تعظم عقوبته بضرب حد السكر، ثم يضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جرمه، وقد [حكى مطرف¹⁸⁸⁸] عن مالك في الواضحة أنه يضرب الخمسين ومائة والمائتين ونحو ذلك ويكون الحد [مبهما فيهما¹⁸⁸⁹] انتهى.

318

ص: أو شم ش: انظر قول من قال: لا بد أن يكون الشاهد بالشم ممن شربها في حال كفره/ أو حال عصيانه، وقد قالوا: إن من حد في حد لا تجوز فيه شهادته.

ص: أو إساعة ش: يعني أنه يجوز شربها لإساعة غصة، وقد تقدم للمصنف نحو هذا في فصل المباح طعام طاهر، وهذا هو الظاهر، وجزم ابن عرفة بحرمتها للإساعة غير ظاهر، ونصه: [الشرب¹⁸⁹⁰] الموجب للحد شرب مسلم مكلف ما يسكر كثيره مختارا لا لضرورة ولا عذر فلا حد على مكره ولا ذي غصة وإن حرمت ولا غلط. ثم قال: [والمكره¹⁸⁹¹] لا يحد لوضوح الشبهة أو عدم تكليفه، وهو الأظهر لعموم اعتباره في الطلاق ونحوه، ولا المضطر للإساعة لوضوح الشبهة. الشيخ: قال مالك في المختصر: لا يشرب المضطر الخمر الباجي في النوادر عن ابن حبيب من غص بطعام وخاف على نفسه أن له أن [يجوزه¹⁸⁹²] بالخمير. قاله أبو الفرج.

ص: والحدود بسوط وضرب معتدلين ش: قال ابن عرفة: ولا يجوز الضرب في الحدود بقضيب ولا شراك ولا درة ولكن السوط، وإنما كانت درة عمر للأدب فإذا وقعت الحدود قرب السوط. ثم قال بعد كلام لا يتعلق بالسوط: ولأبي زيد عن ابن القاسم [إن¹⁸⁹³] ضرب على ظهره بالدارة أجزاء، وما هو بالبين. انتهى. ونص سماع أبي زيد المذكور: وقال ابن القاسم في رجل ضرب عبده الحد في الزنى بالدارة أجزاء قال: إن كان ضربه في الظهر أجزاء وما هو بالبين. قال ابن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم العتق من سماع عيسى. انتهى. ونص ما في سماع عيسى المشار إليه وسألت ابن القاسم عن رجل زنى عبده فضربه خمسين ضربة بغير سوط هل يجزئه ذلك من الحد قال: قال مالك لا يضرب الحد إلا بالسوط. قال ابن رشد: سألته في هذه الرواية هل يجزئه ذلك من الحد؟ فلم يجب

الحديث

1888 - في المطبوع حكى عن ويحيى ص 139 وم 102 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 317 ويم ص 139 وما يابى 223.

1889 - في المطبوع منهما ويحيى ص 139 وم 101 ويم ص 118 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 317 وما يابى 223.

1890 - في المطبوع أشهب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 318 ويحيى ص 139 ويم ص 118 وم 101 وما يابى 223 (الشرب).

1891 - في المطبوع والمكره ويم ص 118 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 318 ويحيى ص 139 وم 101 وما يابى 223.

1892 - في المطبوع يحوزه وما بين المعقوفين من يحيى 482 وسيد 42 وم 101 ويم 139 وما يابى 223.

1893 - في المطبوع أو والمثبت من يحيى 482 ويم 139 وم 102 وما يابى 223

متن الحطاب على ذلك، وحكى له ما قال مالك من أن الحدود لا تضرب إلا بالسوط، وقال في سماع أبي زيد بعد هذا إنه إن ضربه في الزنى بالدرّة في ظهره أجزأه. قال: وما هو بالبين، فيحمل قوله في سماع أبي زيد على التفسير لقوله في هذه الرواية؛ لأنه وإن كان الواجب أن يضرب الحدود بالسياط كما قاله مالك فلا يجب أن يعاد عليه الضرب بالسياط إذا ضرب بالدرّة؛ إذ قد يكون من الدرر ما هو أوجع من كثير من السياط فلا يجمع عليه حدين إلا أن تكون الدرّة التي ضرب بها لطيفة لا تؤلم ولا توجع، فلا بد من إعادة الحد بالسوط. انتهى من كتاب الحدود في القذف. وقوله: "معتدلين" قال في الموطأ إنه عليه السلام [أتى¹⁸⁹⁴] بسوط مكسور فقال: {فوق هذا} فأتى بسوط [جديد¹⁸⁹⁵] فقال: {دون هذا} فأتى بسوط قد ركب به ولان فأمر به¹ أي بالشخص المحدود فحد.

قال الباجي في شرحه: قال عيسى بن دينار الثمرة الطرف، يريد أن طرفه محدود لم تنكسر حدته، فقال دون هذا فأتى بسوط قد ركب به، [ولان¹⁸⁹⁶] يريد أنه قد انكسرت حدته ولم يخلق، ولم يبلغ مبلغا لا يألم من ضرب به فاقتضى ذلك أنه يحد بسوط بين سوطين، والضرب في الحدود كلها سواء. انتهى. وقال الجزولي: وإنما يضرب بالسوط، وصفته أن يكون من جلد واحد ولا يكون له رأسان، وأن يكون رأسه ليّنا ويقبض عليه بالخنصر والبنصر والوسطى، ولا يقبض عليه بالسبابة والإبهام، ويعقد عليه عقدة التسعين، ويقدم رجله اليمنى ويؤخر اليسرى. انتهى.

ص: بظْهره وَكَتَفَيْه ش: قال في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب المحاربين والمرتدين: وسئل مالك عن عذاب اللصوص [بالدهن¹⁸⁹⁷] وبهذه الخنافس التي تحمل على بطونهم؟ فقال: لا يحل هذا إنما هو السوط أو السجن إن لم يجد في ظهره مضربا فالسجن. قيل له أرايت إن لم يجد في ظهره مضربا أترى أن يسطح فيضرب في أليتيه؟ قال: لا والله لا أرى ذلك إنما عليك ما عليك إنما هو / الضرب بالسوط والسجن.

319

قال: فقيل أرايت إن مات أيضا بالسوط؟ قال: إنما عليك ما عليك. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله لأنه لا يصح أن يعاقب أحد فيما تلزمه فيه العقوبة إلا بالجلد أو السجن الذي جاء به القرآن، وأما تعذيب أحد بما سوى ذلك من العذاب فلا يحل ولا يجوز، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن الله ليعذب في الآخرة الذين يعذبون الناس في الدنيا²}. انتهى بلفظه. والحديث رواه مسلم. وفي مختصر الوقار: والأدب أن يقنع بالسوط على رأسه، أو يضرب بالدرّة على ظهره أو على قدميه ولا [يبطح¹⁸⁹⁸] أحد على بطنه في أدب ولا غيره. انتهى من باب القذف.

الحديث

1 - حدثني مالك عن زيد بن اسلم أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط فأتى بسوط مكسور فقال لا فوق هذا فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال دون هذا فأتى بسوط قد ركب به ولان فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد ثم قال يا أيها الناس قد أن لكم أن تنتهوا عن حدود الله من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله، الموطأ، كتاب الحدود، رقم الحديث 1562، ط. دار الفكر.

2 - إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا، مسلم في صحيحه، كتاب البر والآداب، رقم الحديث 2613، دار إحياء التراث العربي.

1894 - في المطبوع أوتى ويحيى ص139 وما بين المعقوفين من ن ذي ص318 ويم ص118 وم ص102 وما يابى 224.

1895 - في المطبوع حديد وما بين المعقوفين من ن عود ص318 ويحيى ص139 ويم ص118 وم ص102 وما يابى 224.

1896 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من يحيى ص482 وسيد 42 وم 102 ويم 139 وما يابى 224.

1897 - ساقطة من المطبوع ويحيى ص139 وما بين المعقوفين من ن عود ص318 ويم ص118 وما يابى 224.

1898 - * في المطبوع يسطح وما بين المعقوفين من يحيى ص482 وسيد 42 وما يابى 224 ويم 139.

وَجُرِدَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مِمَّا يَبْقَى الضَّرْبِ وَتُذِبَ جَعْلُهَا فِي قَفَّةٍ وَعَزَّرَ الْإِمَامُ لِمَعْصِيَةِ اللَّهِ أَوْ لِحَقِّ آدَمِيٍّ حَبْسًا وَلَوْ مَا وَبَّالْإِقَامَةِ وَتَزَعَّ الْعِمَامَةُ وَضُرِبَ بِسَوْطٍ أَوْ غَيْرِهِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْحَدِّ أَوْ أَتَى عَلَى النَّفْسِ.

نص خليل

ص: وجرّد الرجل والمرأة مما بقي الضرب ش: ينبغي أن يكون قوله مما بقي الضرب راجعا إلى المرأة فقط وهو ظاهر فتأمل. والله أعلم. قال ابن عرفة: وسمع أبو زيد ابن القاسم في المرأة يكون عليها ثوبان في الحد قال: لا بأس بهما وينزع ما سوى ذلك. انتهى.

متن الخطاب

ص: وعزّر الإمام لمعصية الله ش: قال ابن/ ناجي في شرح المدونة في كتاب القذف: الأدب يتغلظ بالزمان والمكان، فمن عصى الله في الكعبة أخص ممن عصاه في الحرم، ومن عصاه في الحرم أخص ممن عصاه في مكة، ومن عصاه في مكة أخص ممن عصاه خارجها. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: يلزم التعزير لمن سرق ما لا قطع فيه، والخلوة بالأجنبية، ووطء المكاتب ونحو ذلك من الاستمناء وإتيان البهيمة واليمين الغموس والغش في الأسواق والعمل بالربا وشهادة الزور والتحليل والشهادة على نكاح السر، وكذلك الزوجان والولي إلا أن يعذروا بجهل فيجب على هؤلاء التعزير فقط، وتلزم [العقوبة من حمى الظلمة¹⁸⁹⁹] وذنب عنهم، ومن دفع [عن¹⁹⁰⁰] شخص وجب عليه حق، ومن يحمي قاطع الطريق أو سارقا ونحو ذلك، فإن من يحميه ويمنعه عاص لله وتجب عقوبته حتى يحضره إن كان عنده وينزجر عن ذلك، إلا أن يكون إحضاره إلى من يظلمه يأخذ ماله أو يتجاوز فيه ما أمر به شرعا فهذا لا يحضره، ولكن يتخلى عنه ويرتدع عن حمايته والدفع عنه. انتهى. ومنه ويؤدب من حلق شاربه ومن طلق ثلاثا في كلمة واحدة ومن نكح بين الفخذين، ومن قام بشكية باطل فينبغي أن يؤدب وأقل ذلك الحبس ليندفع بذلك أهل الباطل واللدن [انتهى¹⁹⁰¹] من أحكام ابن سهل. قاله في شهادة السماع والأحباس. والله أعلم.

320

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن المكروه لا أدب فيه، وصرح بذلك في باب الأيمان من التوضيح. قال في الحلف بغير أسماء الله تعالى: ويدخل في كلام ابن الحاجب الحلف بالطلاق والعتاق، وقد نصوا على تأديب الحالف بهما ولا يكون الأدب في المكروه. انتهى. وقال في المدخل في فصل اللباس: وقد قال علماؤنا في تارك شيء من السنن [والآداب¹⁹⁰²] أن الواجب أن يقبح له فعله وأن يذم على ذلك، فإن أبى أن يرجع وإلا هجر من أجل ما أتى به من خلاف السنة. انتهى. وقد نقل في رسم الجنائز والصيد من سماع أشهب من كتاب الذبائح عن سيدنا عمر التأديب في المكروه. اهـ. وذلك أنه مر بشخص أضجع شاة يذبحها وجعل يحد الشفرة فعلاه بالدرة وقال: هلا حددتها أولا أو كما قال. وقد قال أصبغ: من ترك الوتر يؤدب، وقال سحنون يجرح، والظاهر أنه لا يعارضه، وأن من واظب على

الحديث

1899 - في المطبوع ويحيى ص 139 العقوبة على من حمى الظلمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 ويم 118 وم 102 وما يابى 224.

1900 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 ويحيى ص 139 ويم ص 118 وم ص 102 وما يابى 224.

1901 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 102.

1902 * - في المطبوع والأدب وما بين المعقوفين من يحيى 483 وسيد 42 وم 102 وما يابى 225 ويم 139.

وَصَوْنٌ مَا سَرَى كَطَيْبٍ جَهْلٍ أَوْ قَصْرٍ أَوْ بَلَا إِذْنٍ مُعْتَبَرٍ وَلَوْ إِذْنٌ عَبْدٍ بِفَصْدٍ أَوْ حِجَامَةٍ أَوْ خِتَانٍ وَكَتَأَجِيجٍ نَارٍ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ وَكَسْقُوطٍ جِدَارٍ مَالٍ وَأَنْذَرٍ صَاحِبِهِ وَأَمَكْنَ تَدَارُكُهُ.

نص خليل

متن الخطاب ترك المسنون أو على فعل المكروه فهو الذي يؤدب ويجرح، ومن كان منه ذلك مرة لم يؤدب. والله أعلم.

مسألة: قال في المسائل الملقطة: قال القرافي: الحدود واجبة الإقامة على الأئمة، واختلفوا في التعزير فقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله إن كان الحق لله وجب كالحدود إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام، وقال الشافعي غير واجب على الإمام. انتهى. ثم قال: مسألة ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة [فيه¹⁹⁰³] إذا كان الحق لآدمي، فإن تجرد عن حق الآدمي، وانفرد به حق السلطنة كان لولي الأمر مراعاة حكم الأصلح في العفو والتعزير وله التشفيق فيه. انتهى. وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح قوله: {لتشفعوا ولتؤجروا¹} والشفاعة لأصحاب الحوائج والرغبات عند السلطان وغيره مشروعة محمودة مأجور عليها صاحبها بشهادة هذا الحديث وشهادة كتاب الله بقوله: ﴿من يشفع شفاعة حسنة﴾ الآية على أحد التأويلين، وفيه أن معونة المسلم في كل حال [بفعل¹⁹⁰⁴] أو قول فيها أجر، وفي عمومها الشفاعة للمذنبين، وهي جائزة فيما لا حد فيه، عند السلطان وغيره، وله قبول الشفاعة فيه والعفو إذا رأى ذلك، كما له العفو عنه ابتداءً، وهذا فيمن كانت منه الفتنة والزلة وفي أهل الستر والعفاف أو من طمع بوقوعه عند السلطان والعفو عنه من العقوبة أن تكون له توبة، وأما المصرون على فسادهم المشتهرون في باطلهم فلا تجوز الشفاعة لأمثالهم، ولا ترك السلطان عقوبتهم لينزجروا عن ذلك وليرتدع غيرهم بما يفعل بهم، وقد جاء الوعيد في الشفاعة في الحدود. انتهى.

321

ص: وضمن ما سري ش: قال في الجواهر: والتعزير جائز بشرط سلامة العاقبة فإن سري ضمننت عاقلة المعزر بخلاف الحد. انتهى.

ص: وكسقوط جدار مال وأنذر صاحبه وأمکن تداركه ش: قال في كتاب الديات من المدونة: والحائط المخوف إذا أشهد على ربه، ثم عطب به أحد فربه ضامن، وإن لم يشهد به عليه لم يضمن وإن كان مخوفاً. اهـ. ولم يبين عند من يكون الإشهاد. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: ومعناه عند القاضي أو من له النظر في ذلك ولا ينفع الإشهاد إذا لم يكن كذلك إذا كان رب الحائط منكراً لميلانه بحيث يخشى عليه السقوط، وأما إن كان مقراً فإنه يكتفى بالإشهاد وإن لم يكن عند حاكم. قاله بعض القرويين، وقال ابن الماجشون لا يضمن إلا إذا قضى عليه السلطان [بالبهد¹⁹⁰⁵] فلم

الحديث

1 - عن أبي موسى قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتاه طالب حاجة أقبل على جلسائه فقال اشفعوا فلتؤجروا وليقض الله على لسان نبيه ما أحب، مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والادب، رقم الحديث 2627، ط دار إحياء التراث العربي، والبخاري في صحيحه، كتاب التوحيد 7476 ولفظ البخاري قريب منه.

1903 * - في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من يحيى 483 وم 102 وما يابى 225 ويم 139.

1904 * - في المطبوع لفعل وما بين المعقوفين من يحيى 483 وم 102 وما يابى 225 ويم 139.

1905 - هكذا في ن عود ص 321 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع بالهدم وهو الذي في يحيى 140 ويم 140 وم 103. وفي نسخة قلمية من التوضيح ص 591 بهدمه.

متن الخطاب يفعل، وقال أشهب إذا بلغ الحائط ما لا يجوز لصاحبه تركه لشدة ميلانه فهو متعدد ضامن أشهد عليه أم لا. انتهى. وقال في العتبية في أول مسألة من سماع يحيى من كتاب السلطان: قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن جدار رجل بين داره ودار جاره مال ميلا شديدا حتى خيف انهدامه أترى السلطان إذا [شكا¹⁹⁰⁶] ذلك جاره ومن يخاف من إذايته وضرره أن يأمر صاحبه بهدمه؟ فقال: نعم ذلك واجب عليه أن يأمر بهدمه. قلت له: فإن [شكا¹⁹⁰⁷] إليه ما يخاف [من¹⁹⁰⁸] انهدام الجدار فلم يهدمه حتى انهدم على إنسان أو دابة أو بيت لصق به فقتل أو هدم ما سقط عليه أيضمن ذلك صاحب الجدار قال: نعم يضمن كل ما أصاب الجدار بعد الشكوى إليه والبيان له. قال يحيى: وإن لم يكن ذلك بسلطان فإنه ضامن إذا انهدم وأشهد عليه.

قال ابن رشد: قول يحيى إنه ضامن لما أفسد الحائط إذا انهدم بعد التقدم إليه والإشهاد عليه وإن لم يكن ذلك بسلطان مفسر لقول ابن القاسم، ومثل ما في المدونة. اهـ. وقد قيل إنه لا ضمان عليه إلا فيما أفسد بانهدامه بعد أن قضى عليه السلطان بهدمه ففرط في ذلك، وهو قول عبد الملك وقول ابن وهب في سماع زونان، وقد قيل إنه ضامن لما أصاب إذا تركه بعد أن بلغ حدا كان يجب عليه هدمه وإن لم يتقدم إليه ولا أشهد عليه، وهو قول أشهب وسحنون. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وإذا كانت الدار مرهونة أو مكتراة لم ينفعهم الإشهاد إلا على ربها، فإن غاب رفع أمره إلى الإمام، ولا ينفعهم الإشهاد على الساكن؛ إذ ليس [له¹⁹⁰⁹] هدم الدار. انتهى. وقال في النوادر في ترجمة الكلب العقور والجمال الصوول من كتاب الديات الثاني عن سماع أشهب إنه لا ضمان على ربها، ولا على من هي بأيديهم [بكراء أو رهن إذا لم يكن مخوفا بحضرة ربها ثم غاب، فإن كان هكذا فهو ضامن دون من هي بأيديهم،¹⁹¹⁰] ولو أمرهم السلطان بالهدم والبناء فلا شيء عليهم. قال محمد ابن عبد الحكم: وينبغي للقاضي إذا كان الحائط مخوفا [أن¹⁹¹¹] لا يمهل أصحابه [إن حضروا¹⁹¹²] حتى يهدم [علا¹⁹¹³] المكان، فإن لم يحضروا أمر بهدمه، وأنفق على ذلك من نقضه إن لم يجد لهم مالا، فإن كان [لصبي¹⁹¹⁴] في ولاية أب أو وصي فإليهما يتقدم السلطان، فإن لم يفعل

-
- 1906 * - في المطبوع شكى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1907 * - في المطبوع شكى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1908 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 483 وم 103 ويم 140.
 1909 * - في المطبوع لهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم يحيى 438.
 1910 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 321 ويحيى 141 وم 119 وم 103 وما يابى 226 علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ وصواب العبارة مخوفا.
 1911 - ساقطة من المطبوع وما يابى 226 ويحيى ص 141 وم 119 وم 103 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 321.
 1912 * - في المطبوع أن يحضروا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
 1913 * - في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من النوادر ج 13 ص 513.
 1914 * - في المطبوع الصبي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل

أَوْ عَضَهُ فَسَلَّ يَدَهُ فَقَلَعَ أَسْنَانَهُ.

متن الخطاب

322 من [قدم¹⁹¹⁵] ذلك إليه حتى سقط فما أفسد أو قتل كان/ ذلك في ماله من أب أو وصي دون مال الصبي إذا [أمكنهما¹⁹¹⁶] الهدم [فتركاه¹⁹¹⁷]. انتهى.

تنبيه: إذا كان رب الحائط غائبا وكان له وكيل وتقدم إليه فلم يفعل حتى سقط الحائط فهل يضمن ذلك في ماله؟ لم أر فيه نصا صريحا، والظاهر أنه يضمن قياسا على الأب والوصي فتأمل. والله أعلم. تنبيه: قال ابن رشد في أول سماع يحيى من كتاب السلطان إثر كلامه المتقدم: والضمان في ذلك لا يتعدى المال إلى العاقلة عند ابن القاسم. كذا روى عيسى عنه في رسم لم يدرك من كتاب الديات، وهو ظاهر قوله في هذه الرواية، وروى زونان في سماعه عن ابن وهب أن العاقلة تحمل من ذلك الثلث فصاعدا، وهو قول مالك رواه عنه أشهب وابن عبد الحكم. انتهى.

ص: أو عضه فسل يده فقلع أسنانه ش: هذا معطوف على ما فيه الضمان، ولم يعين ما الذي يضمنه هل دية الأسنان أو القود؟ وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولو عضه فسل يده ضمن أسنانه على الأصح": يعني دية الأسنان، والأصح عبر عنه المازري وغيره بالمشهور، ونقل مقابله عن بعض الأصحاب، وهو أظهر لما في الصحيحين عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه، فوقع ثنياه فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: {يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية لك¹} زاد أبو داود {إن شئت أن تمكنه من يدك فيعضها ثم تنزعها من فيه²} وقال ابن المواز: الحديث لم يروه مالك ولو ثبت عنده لم يخالفه، وتأوله بعض شيوخ المازري على أن المعضوض لا يمكنه النزع إلا بذلك.

وحمل تضمين بعض الأصحاب على أنه يمكنه النزع برفق بحيث لا تنقلع أسنان العاض فصار متعديا بالزيادة فلذلك ضمنوه. اهـ. وقال القرطبي في شرح مسلم قوله صلى الله عليه وسلم: {لا دية لك³} وفي رواية {فأبطله⁴}، وقوله: فأبطله هذا نص صريح في إسقاط القصاص والدية في ذلك، ولم يقل أحد بالقصاص فيما [علمت، وإنما¹⁹¹⁸] الخلاف في الضمان فأسقطه أبو حنيفة وبعض أصحابنا، وضمنه الشافعي، وهو مشهور مذهب مالك، ونزل بعض أصحابنا القول بالضمان على ما إذا أمكنه النزع برفق فنزعها بعنف، وحمل بعض أصحابنا الحديث على أنه كان متحرك الثنايا، وهذا يحتاج إلى [خطم¹⁹¹⁹] وأزمة، ولا ينبغي أن يعدل عن صريح الحديث. انتهى. وما ذكره عن مذهب الشافعي خلاف ما ذكره النووي من موافقة أبي حنيفة وهو أعرف بمذهبه، وفي مسلم {ادفع يدك حتى يعضها ثم انتزعها⁵} قال القرطبي: هو أمر على جهة الإنكار كما قال صلى الله عليه وسلم في الرواية

الحديث

- 1 - أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فمه فوقع ثنياه فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية لك، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الديات، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 6892. ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة، رقم الحديث 1673.
- 2 - أبو داود في سننه، كتاب الديات، ط. دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 4585.
- 3 - الحديث السابق 1، في صحيح مسلم وصحيح البخاري رقم 1.
- 4 - الحديث السابق رقم 1 في صحيح مسلم.
- 5 - الحديث السابق في صحيح مسلم رقم 1.

1915 * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب تقدم إليه ذلك وعبارة مطبوعة النواذر من قدم ذلك إليه ج 13 ص 513.

1916 * - في المطبوع أمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1917 * - في المطبوع وتركاه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1918 * - في المطبوع علمت انتهى وإنما وما بين المعقوفين من يحيى 484 وم 103 ويم 140 وسيد 43 وما يابى 226.

1919 * - في المطبوع حطم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل

أَوْ نَظَرَ لَهُ مِنْ كَوَّةٍ فَقَصَدَ عَيْنَهُ وَإِلَّا فَلَا كَسْفُوطٍ مِيزَابٍ أَوْ بَغْتٍ رِيحٍ لِنَارٍ كَحَرَقِهَا قَائِمًا لِطَفِّهَا.

متن الخطاب

الأخرى: {بم تأمرني تأمرني أن أمره أن يدع يده في فيك [تَقْضُمَهَا¹⁹²⁰] كما يقضم الفحل¹} فمعناه أنك لا تدع يدك في فيه يقضمها ولا يمكن أن يؤمر بذلك. انتهى. زاد النووي {فكيف تنكر عليه أن ينزع يده من فيك وتطلبه بما جنى في جذبه} كذلك قاله القاضي. انتهى. ويقضمها بفتح الضاد مضارع قضم بكسرهما؛ يقال قضمت الدابة شعيرها إذا أكلته بأطراف أسنانها، وخضمت بالخاء المعجمة إذا أكلت بفيها كله، ويقال الخضم أكل الرطب، والقضم أكل اليباس، ومنه قول الحسن: تخضمون ويقضم والموعود القيامة. انتهى من القرطبي. والفحل ذكر الإبل.

ص: أو نظر له من كوة فقصد [عينه وإلا¹⁹²¹] فلاش: هذا أيضا معطوف على ما فيه الضمان، ولم يبين المضمون أيضا هل هو القود أو الدية؟ واعلم أن الذي يقتضيه كلام المازري وغيره من الأشياء أن هذه المسألة كالتى قبلها. قال المازري في المعلم في شرح الحديث الأول: ومن هذا المعنى لورمى إنسان أحدا ينظر إليه في بيته فأصاب عينه فاختلف أصحابنا أيضا في ذلك فالأكثر منهم على إثبات الضمان، والأقل منهم على نفي الضمان، وبالأول قال أبو حنيفة، وبالثاني قال الشافعي، فأما

[نفي¹⁹²²] الضمان فلقوله صلى الله عليه وسلم: {لو أن أحدا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح²} وأما إثبات الضمان فلأنه لو نظر إنسان إلى عورة إنسان بغير/ إذنه لم يستبح فقه عينه، فالنظر إلى الإنسان في بيته [أولى¹⁹²³] أن لا يستباح به، ومحمل الحديث عندهم على أنه رماه لينبئه على أنه فطن به، أو ليدافعه عن ذلك غير قاصد فقه عينه فانفقت عينه خطأ فالجناح منتف، وهو الذي نفي في الحديث، وأما الدية فلا ذكر لها. انتهى.

وذكر القرطبي في شرح مسلم نحوه، فدل هذا الكلام على أن القائلين بالضمان يقولون به، سواء قصد فقه عينه أو لا، إلا أنه إن لم يقصد فقه عينه ففعله جائز وإنما يضمن الدية، وإن قصد فقه عينه فلا يجوز فعله ويضمن، والظاهر أن المراد حينئذ بالضمان القود، وصرح به ابن شاس والقراقي وابن الحاجب. قال في الجواهر: ولو نظر إلى حريم إنسان من كوة [أو صيرباب¹⁹²⁴] لم يجز أن يقصد عينه بإبرة أو غيرها، وفيه القود إن فعل ويجب تقدم الإنذار في كل دفع، وإن كان الباب مفتوحا فأولى أن لا يجوز قصد عينه. انتهى. ونحوه في الذخيرة، وعلى هذا فيكون الضمان الذي أثبته المصنف بقوله: "أو نظر من كوة فقصد عينه" هو القود، والذي نفاه بقوله: "ولا فلا" هو القود أيضا دون الدية. والله أعلم. قال في التوضيح: [والصير¹⁹²⁵] بكسر الصاد شق الباب. قاله الجوهري. انتهى.

323

¹ - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تأمرني تأمرني أن أمره أن يدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل ادفع يدك حتى يعرضها ثم انزعها، صحيح مسلم، كتاب القسامة، دار الغرب الإسلامي 1972، رقم الحديث 1673.
² - البخاري، الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 6902.

الحديث

1920 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من صحيح مسلم حديث 1673.
1921 * - النسخة التي شرح عليها المواق عينه ففقاها وإلا.
1922 - في المطبوع ففي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 322 ويحيى ص 141 ويم ص 119 وم ص 103 وما يابى 227.
1923 - في المطبوع أولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 وم 103 ويحيى 484 وم 140.
1924 * - في المطبوع أو صر باب وما بين المعقوفين من م 103 ويم وصحاح الجوهري.
1925 - في المطبوع والصر وما بين المعقوفين من يم وصحاح الجوهري.

وَجَازَ دَفْعُ صَائِلٍ بَعْدَ الْإِنْذَارِ لِلْفَاهِمِ وَإِنْ عَنِ مَالٍ وَقَصْدُ قَتْلِهِ إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِهِ لَا جُرْحُ إِنْ قَدَّرَ عَلَى الْهَرَبِ مِنْهُ بِلَا مَشَقَّةٍ وَمَا أَتْلَفَتْهُ الْبَهَائِمُ لَيْلًا فَعَلَى رَبِّهَا وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيَمَتِهَا بِقِيَمَتِهِ عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ لَا تَهَارًا إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا رَاعٍ وَسُرَّحَتْ بَعْدَ الْمَزَارِعِ وَإِلَّا فَعَلَى الرَّاعِي.

نص خليل

ص: ش: انظر هل مراده بالجواز المستوي الطرفين كما هو اصطلاحه هو وغيره من المتأخرين، أو مراده بالجواز جواز الإقدام حتى يشمل الوجوب، وظاهر كلام ابن العربي فيما نقل عنه في الذخيرة في هذا المحل، وفي الفروق في الفرق السابع والأربعين بعد المائتين أن الحكم في دفع الصائل الجواز المستوي الطرفين، وذكر القرطبي وابن الفرس في الوجوب قولين قالا: والأصح الوجوب فانظر ذلك، وانظر الأبى في شرح قوله عليه السلام: {من مات دون ماله فهو شهيد¹} وفي منع فضل الماء حتى مات الممنوع في كتاب الإيمان من مسلم، وانظر مسألة من وجد مع امرأته رجلا فقتله في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب القذف، وفي الجزء الرابع من كتاب الديات من النوادر، وفي كتاب الحدود في الزنا منها، وفي الفصل السابع من القسم الثالث من التبصرة /

متن الخطاب

324

كتاب العتق. قال في الصحاح: العتق الكرم؛ يقال ما أبين العتق في وجه فلان يعني الكرم، والعتق الجمال، والعتق الحرية، وكذلك العتاق بالفتح والعتاقة؛ يقال منه عتق العبد يعتق بالكسر عتقا وعتاقا وعتاقة فهو عتيق وعاتق وأعتقته أنا. انتهى. ثم قال: وعتق الشيء بالضم عتاقة أي قدم وصار عتيقا، وكذلك عتق يعتق مثل دخل يدخل فهو عاتق.¹⁹²⁶ انتهى. ثم قال: وعتاق الطير الجوارح منها، والأرحبيات العتاق النجائب منها. انتهى. يعني أنه بكسر العين والأرحبيات الإبل. قال في الصحاح: وأرحب قبيلة من [همدان¹⁹²⁷] ينسب إليها الأرحبيات من الإبل. انتهى.

وقال القاضي عياض في المشارق: يقال عتق المملوك يعتق عتقا وعتاقا بالفتح فيهما. قال الخليل: وعتاقا بالفتح أيضا. قال غيره: والاسم منه العتق بالكسر والعتاق بالفتح، ولا يقال عتق إنما هو أعتق إذا أعتقه سيده. انتهى.

وقال في التنبيهات: العتق والعتاق بالفتح فيهما، وعتق الغلام وأعتقه سيده فهو عتيق، وعبيد عتقاء وأمة عتيقة، ولا يقال عاتق ولا عواتق إلا أن يراد مستقبل أمره فهو عاتق غدا، ولا يقال عتق الغلام بضم العين ولكن أعتق، ومعنى العتق ارتفاع الملك. انتهى. وقوله في التنبيهات: ولا يقال عاتق مخالف لما تقدم في الصحاح، وقال في القاموس: العتق بالكسر الكرم والجمال والنجابة والشرف والحرية، وبالضم جمع عتيق وعاتق المنكب،¹⁹²⁸ والحرية عتق العبد يعتق عتقا ويفتح [أو بالفتح¹⁹²⁹] المصدر وبالكسر الاسم، وعتاقا وعتاقة [بفتحهما¹⁹³⁰] خرج عن الرق فهو عتيق وعاتق الجمع

1 - من قتل دون ماله فهو شهيد، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 141، دار إحياء التراث العربي، ص125.

الحديث

1926 - * في م 104 فيقال عاتق.

1927 - * في المطبوع همدان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1928 - * في يحيى 485 وم 104 ويم 141 وما يابى 228 وعاتق للمنكب.

1929 - في المطبوع وبالفتح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويم ص 120 وم ص 104 وما يابى 228.

1930 - في المطبوع بفتحها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى ص 142 ويم ص 120 وم ص 104 وما يابى 228.

متن الخطاب [عتقاء.¹⁹³¹] ثم قال: والعتق بالكسر ويضم للموات كالخمر والتمر وككتاب من الطير الجوارح ومن الخيل النجائب. انتهى. وقال ابن حجر في فتح الباري في باب ما يستحب من العتاقة في الكسوف من كتاب العتق: العتاقة بفتح العين ووهم من كسرهما، يقال عتق يعتق عتاقا وعتاقة، والمراد الإعتاق وهو ملزوم العتاقة. ثم قال بعد ذلك: وإلا فقد عتق [منه¹⁹³²] ما عتق. قال الداودي: هو بفتح العين من الأول، ويجوز الفتح والضم في الثاني، وتعبه ابن التين بأنه لم يقله غيره، وإنما يقال عتق بالفتح وأعتق بضم الهمزة؛ لأن الفعل لازم غير متعد.

وقال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قال صاحب المحكم: العتق خلاف الرق عتق يعتق عتقا وعتقا وعتاقا وعتاقة فهو عتيق، وحلف بالعتاق أي بالإعتاق. انتهى. فتحصل من هذا أنه يقال العتق بكسر العين وفتحها والعتاق والعتاقة [بفتحهما¹⁹³³] فقط، وأنه يقال عتق يعتق كضرب يضرب، ولا يقال عتق بضم العين. والله أعلم. وقال في الذخيرة: والعتق في اللغة الخلو، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي [خوالصها،¹⁹³⁴] والبيت الحرام عتيق لخلوصه من أيدي الجبابرة، وفي الشرع خلوص الرقبة من الرق. انتهى. وقيل سمي البيت عتيقا لأنه أول بيت وضع للناس، وقيل لخلوصه من الطوفان، وقيل لخلوصه من أيدي الجبابرة. والله أعلم.

وأما في الشرع فقال ابن عبد السلام: استغنى ابن الحاجب عن تعريف حقيقته لشهرتها عند العامة والخاصة فقال ابن عرفة: يرد قوله بأن ذلك من حيث وجودها لا من حيث إدراك حقيقتها، بل كثير من المدرسين لو قيل له ما حقيقة العتق لم يجب بشيء، ومن تأمل وأنصف أدرك ما قلناه. والله أعلم بمن اهتدى. انتهى. وعرفه في التنبيهات وابن رشد كالقرافي بأنه ارتفاع الملك عن الرقيق، وليس بمانع كما سيأتي في كلام ابن عرفة فإنه قال: العتق رفع ملك حقيقي لا بسبأ محرم عن آدمي حي. فخرج: "بحقيقي" استحقاق عبد بحرية، وخرج: "بسبأ محرم" فداء المسلم من حربي سباه أو ممن صار له منه، وخرج بقوله: "عن آدمي حي" رفعه عنه بموته. انتهى. وقوله: "ملك" يصدق/ برفع ملك وانتقاله إلى ملك آخر. فتأمل. فيكون غير مانع، وكذلك يصدق على عبد الحربي إذا أسلم وبقي عند سيده حتى غنمه المسلمون فإنه حر على المشهور، وليس هذا عتقا اصطلاحا، وكذلك يصدق حده على وقف الرقيق على مقابل المشهور القائل بأن ملك الواقف ارتفع عن الموقوف فتأمل ذلك، ولو قال رفع الملك الحقيقي الكائن لمسلم عن آدمي حي من غير تحجير منفعتة لمسلم فيما يظهر من جميع ما يرد عليه ويكون اللام في الملك للحقيقة. والله أعلم. وقوله: "عن آدمي حي" يؤخذ منه صحة عتق من

325

الحديث

1931 - في المطبوع وما يابى 228 يحيى ص 142 وم ص 104 ويم ص 120 عتائق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324.

1932 - ساقط من المطبوع ويم ص 120 وم ص 104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى ص 142 وما يابى 228.

1933 - في المطبوع بفتحها وما بين المعقوفين من ن ز ص 324 ويحيى ص 142 ويم ص 120 وم ص 104 وما يابى 228.

1934 - هكذا في ن عدود ص 324 وفي المطبوع خالصوها ومثله في مطبوعة الذخيرة ج 9 ص 1 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب الصواب عربيا خلصها أو خوالصها.

في السياق. قال في المسائل الملقطة: لو أعتق من في سياق الموت الظاهر صحة العتق؛ لأنه لو عاش لم يعد رقيقاً فترتب عليه أحكام الحرية ويصلى عليه في صف الرجال الأحرار [ويجر¹⁹³⁵] ولاؤه لمعتقه، ولو قذفه أحد في تلك الحال بعد العتق حد له على أنه حر، وكذلك لو أجهز عليه أحد فقتله وهو في السياق فحكمه حكم الحر لا حكم العبد، ففي النظر هل يحصل له من الثواب في [عتقه¹⁹³⁶] ثواب من أعتق صحيحاً، ولا شك أنه خلصه من الرق، ولأنه قابل لأن يهبه لرجل بغير ثواب فكذلك تنجيز عتقه لله تعالى من تسهيل المهمات في قوله: "ولا يباع من في السياق" انتهى. وحكمه النذب، وهو من أفضل الأعمال وأعظم القربات، ويدل على عظيم قدره ما في الصحيح من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه¹} قال في التوضيح: وكان الوالد لما كان سبباً لوجود الولد وذلك من أعظم النعم [فالذي¹⁹³⁷] يشبه ذلك إخراج الولد لوالده من عدم الرق إلى وجود الحرية؛ لأن الرقيق كالمعدوم وربما كان العدم خيراً منه. انتهى. ونحوه للقاضي أبي بكر بن العربي في قوله تعالى: ﴿وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾ وقال في الذخيرة: وفي الصحيحين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أعتق رقبة مؤمنة أعتق² الله} بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج² ثم قال: قال اللخمي: ظاهر الحديث يقتضي أنه إذا أعتق ناقص عضو لا تحجب النار عن الذي يقابله وهو ممكن؛ لأن الألم يخلقه الله في أي عضو شاء كما في الصحيح: {إن الله حرم على النار أن تأكل موضع السجود³}. انتهى. والإرب العضو. قال في التوضيح: روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة {من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه حتى فرجه بفرجه⁴} وفي الترمذي⁵، وصححه أنه عليه الصلاة والسلام قال: {أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلماً كان فكاكه من النار يجزىء كل عضو منه عضواً منه، وأيما امرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين [كانتا¹⁹³⁹]

الحديث

- 1 - مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 1510، ط. دار إحياء التراث العربي.
- 2 - البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، رقم الحديث 6715 ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1509.
- 3 - جزء من حديث طويل أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، رقم الحديث 6573. ولفظه وحرم الله على النار أن تأكل من ابن آدم أثر السجود.
- 4 - مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم 1509، ط. دار إحياء التراث العربي.
- 5 - الترمذي، كتاب النذور والإيمان، رقم الحديث 1546.

- 1935 - في المطبوع ويحد ويم ص 120 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى ص 142 (وما يابى 229 وتجر).
- 1936 - في المطبوع عتق ويحيى ص 142 وم ص 104 ويم ص 120 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 وما يابى 229.
- 1937 - * كذا في النسخ وفي منح الجليل لمحمد عlish، ج 9 ص 372 كان الذي يشبه ذلك.
- 1938 - ساقط من المطبوع وما يابى 229 وم ص 104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى ص 142 ويم ص 120.
- 1939 - في المطبوع كانت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى ص 142 ويم ص 104.

فكاكه من النار يجزىء كل عضو منهما عضوا منه، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة [كانت¹⁹⁴⁰] فكاكها من النار يجزى كل عضو منها عضوا منها، { قيل ولعل هذا لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل. انتهى. والعق وإن كان مندوبا فقد يجب. قال في اللباب: ولوجوبه عشرة أسباب إصدار الصيغة والكتابة والتدبير والإيلاد والمثلة والسراية والقراية، ويضاف إلى ذلك اليمين بالعق والنذر به وقتل الخطأ والظهار وكفارة اليمين إن اختار العتق، فتكون اثني عشر. انتهى. وذكر في التنبيهات أن أسبابه عشرة، وعد ثلاثة عشر، ثم ألحق [بها¹⁹⁴¹] وجهين آخرين. قال: والعق مندوب إليه في الجملة، ويجب أحيانا بعشرة أسباب بإلزام الرجل ذلك نفسه، وتبتيله عتق مملوكه ابتداء وبندره ذلك لأمر كان أو يكون، وبالحنث في يمين بذلك، أو بحمل مملوكته منه أو بعتقه بعضه فيبتل عليه باقيه، أو بالتمثيل به، أو بشرائه من يعتق عليه أو بقتل النفس خطأ، أو بوطه المظاهر أو بكتابة العبد أو مقاطعته على مال أو خدمته بذلك، ويلحق بذلك وجهان آخران وهما كفارة اليمين بالله، وكفارة الفطر في رمضان عمدا، إلا أن الفرض في هذين/ [موضع¹⁹⁴²] للتخيير بينه وبين غيره وإنما يتعين بتعيين المكفر. انتهى. إلا أن يكون قوله: "بالإلزام الرجل ذلك نفسه وتبتيله عتق مملوكه" سببا واحدا، وهو ظاهر، وكذلك قوله: "أو بمكاتبة العبد الخ" فيكون حينئذ عشرة أسباب فقط وهو الظاهر.

وقال في اللباب عقب ذكره الأسباب المتقدمة: ويجب أن يعلم أن ما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب، ألا ترى أنه [جل وعلا¹⁹⁴³] قد وعد بالمغفرة على أسباب كثيرة تكاد تخرج عن الحصر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية، وصوم يوم عاشوراء يكفر الماضية، ورمضان إلى رمضان يكفر ما بينهما، والصلوات الخمس يكفرن ما بينهن؛ وإذا توضأ خرجت الخطايا من بين أشفار عينيه¹} وقد قلت لشيخنا شهاب الدين رحمه الله: إذا كان يوم عرفة يكفر الماضية والآتية فأى شيء يكفر يوم عاشوراء وكذلك ما ذكرناه، فقال لي: ذلك دليل على أنه تعالى مريد للمغفرة لعباده، فإن العبد إذا أخطأه سبب لا يخطئه غيره، وما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب فتنبه لذلك. انتهى. وحكمة مشروعيته قال في اللباب: هي التنبيه على شرف الآدمي وتكرمه، فإن الرق إذلال له، والترغيب في مكارم الأخلاق وتعاطي أسباب النجاة من النار. انتهى. فرع: قال ابن سلمون في وثائقه: سئل ابن رشد في عتق الإماء والعبيد أيهما أفضل؟ فقال: اختلف العلماء في ذلك فمنهم من قال إن عتق الأكثر ثمنا منهم [أعلى¹⁹⁴⁴] في الأجر ذكرا كان أو أنثى؛

1- مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، رقم الحديث 233، ط. دار إحياء التراث العربي.

1940 - في المطبوع كانتا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى ص 142 وما يابى 229.

1941 - في المطبوع بهم وما بين المعقوفين من يحيى 486.

1942 - في المطبوع موضوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 326 ويحيى ص 143 ويم ص 120 وم ص 104 وما يابى 229.

1943 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى ص 143 وم ص 104 ويم ص 120 وما يابى 229.

1944 * - في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325.

نص خليل

باب إِنَّمَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ مُكْلَفٍ بِلَا حَجَرٍ وَإِحَاطَةِ دَيْنٍ.

متن الحطاب

لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل أي الرقاب أفضل؟ فقال: {أعلاها ثمنًا} ¹⁹⁴⁵ وأنفسها عند أهلها¹ { ولم يخص ذكرا من أنثى، وأما إذا استوى الذكر والأنثى فعتق الذكر أفضل، كما أن عتق الأفضل في الدين من العبدین والأمتين أفضل، وهذا لا اختلاف فيه، وإنما اختلف في الأفضل من عتق الكافر أو المسلم إذا كان الكافر أكثر ثمنًا، فقل إن عتق الأكثر ثمنًا أفضل وإن كان كافرا؛ لعموم الحديث، وقيل إن عتق المسلم أفضل، وإن الحديث إنما معناه مع استواء الرقاب، وكذلك الأفضل من عتق الكافر من كان منهم أكثر ثمنًا. قال: وإن [استووا] ¹⁹⁴⁶ في الأثمان فالذي أقول به أن عتق الأنثى منهم أفضل؛ لأن عتقها يحل للمسلمين نكاحها ولا منفعة في عتق الكافر الذكر. اهـ.

ص: باب إنما يصح إعتاق مكلف ش: أخرج به الصبي، فلا يصح عتق الصبي ولو علقه بيمين فحنث فيها بعد البلوغ كان بإذن وليه أو بغير إذن. قاله في المقدمات وغيرها. وقال في العتق الثاني من المدونة: ولا يجوز عتق المعتوه إذا كان مطبقا ولا الصبي، وإن قال صبي كل مملوك لي حر إذا احتملت، فاحتمل فلا شيء عليه، وكذا المجنون. قال في عتقها الثاني: ومن حلف بعتق عبده إن فعل كذا فجن، ثم فعل ذلك في حال جنونه فلا شيء عليه. قال أبو الحسن: قال أصبغ ومن حلف ليفعلن فعلا إلى أجل كذا ثم جن، فمضى الأجل وهو مجنون فإنه حانث، وقال غيره لا يحنث لأنه مضى الأجل وهو في حال لا تنعقد اليمين فيه انتهى. ويدخل السكران. قال في عتقها الثاني: وعتق السكران وتدبيره جائز إذا كان غير مولى عليه. قال أبو الحسن: أما الطافح فكالبهيمة لا خلاف أنه لا يلزمه شيء. اهـ كلامه بالمعنى.

ص: بلا حجر ش: هذا قيد ثان وهو عدم التحجير فيخرج السفية المولى عليه. قال في كتاب المديان منها: ولا يجوز للمولى عليه عتق ولا صدقة ولا هبة ولا بيع، ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلا أن يجيزه الآن، وأستحب له إمضاه ولا أجبره عليه. انتهى. قال في المقدمات كان الولي رده أم لم يرده، واختلف إذا كان بيمين فحنث فيها بعد ولاية نفسه، واختلف أيضا إن لم يعلم بذلك حتى مات هل للورثة رد ذلك؟/ على قولين حكاهما ابن حبيب في الواضحة. انتهى. والقول بلزوم الحنث لأشهب، والقول بعدمه لابن القاسم. كذا عزاه أبو الحسن في العتق الثاني في شرح قولها، وإن قال صبي كل مملوك لي حر المتقدم. والله أعلم.

فرع: قال في رسم قطع الشجرة وهو أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق الثاني: لو قال لمملوك من ممالك أبيه إن ملكتك فأنت حر فمات أبوه وملكه فإن كان يوم قاله سفيا فلا يلزمه العتق، وإن كان رشيدا عتق عليه. قال ابن رشد: واختلف هل هو محمول في حياة أبيه على الرشد، أو على السفه؟ والمشهور أنه محمول على السفه. انتهى. ونقله أبو الحسن. تنبيهات: الأول: قوله في المدونة: "أستحب إلى آخره" قال أبو الحسن: وفي الأمهات لا يجوز له في ماله بيع ولا عتق ولا شراء ولا هبة ولا صدقة، والهبة والصدقة لغير ثواب كالعتق، وأستحب له أن

327

1 - البخاري في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 2518.

الحديث

1945 * - في سيد 43 أغلاها ثمنًا.

1946 - في المطبوع استوى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى ص 143 وم ص 105 ويم ص 121 وما يابى 230.

يمضيها، فظاهره أنه راجع إلى العتق وما أشبهه من الهبة والصدقة لغير الثواب. انتهى. وقال أبو الحسن: قال عياض: ظاهر التهذيب أنه راجع إلى الجميع، وعليه اختصرها المختصرون وأنه يستحب له إمضاء جميع ما فعله وفيه نظر، والصحيح سواء وأنه لا يستحب له أن يمضي إلا ما كان لله قربة، وأما ما بينه وبين العباد فأبي استحباب في هذا، وكذا جاء منصوصا في سماع أشهب على ما تأولناه. قال الشيخ أبو الحسن: وقد يكون أيضا فيه قربة بإسعاف أخيه المسلم بإمضاء صفقته لغبطته بها كأن يكون قربة في الإقالة والتولية. انتهى. وهو ظاهر فتأمل. والله أعلم.

الثاني: ظاهر كلام المؤلف أن السفية لا يصح عتقه في جميع ما يصح فيه العتق، وليس على عموميه فقد قدم في باب الحجر أنه يجوز عتقه لمستولده، وقال في المدونة إثر الكلام السابق: وما ليس له فيه إلا المنفعة ففعله فيه جائز ويجوز طلاقه لزوجته وعتقه لأم ولده. انتهى. وهل يتبعها مالها؟ نقل في التوضيح في باب الحجر في ذلك ثلاثة أقوال؛ يفرق في الثالث بين اليسير والكثير، ونقلها غيره، وعزا للخصمي الثالث لابن القاسم، وقال إنه الأشبه. ذكره في الحجر. والقول الثاني أنه لا يتبعها مالها وإن لم يستثنه. قال ابن رشد في رسم العتق من سماع أشهب: هو أظهر الأقوال، وأولاه بالصواب. انتهى من العتق. وتقدم في باب الحجر الكلام على جميع ما تقدم بأبسط من هذا.

الثالث: يؤخذ من كلام المؤلف أن السفية المهمل عتقه جائز؛ لأنه إلى الآن لم يحجر عليه، وأنه إذا حجر عليه ثم ظهر رشده ولم يطلقه الحاكم فعتقه غير جائز لأنه محجور عليه، وهذا يأتي في قول ابن القاسم وقول مالك على العكس. قال في الباب: هنا ولو كان السفية غير مولى عليه فعتقه جائز. قال ابن القاسم: إلا البين السفه. انتهى. وكلام اللباب يفهم منه أن قول ابن القاسم تقييد وليس كذلك. والله أعلم. ويخرج بقول المؤلف: "بلا حجر" أيضا العبد. قال في الولاء منها: ولا يجوز عتق المكاتب ولا العبد بغير إذن سيده، فإن أعتق أو دبر أو تصدق بغير إذن سيده فللسيد رد ذلك، فإن رده بطل، ولا يلزم العبد والمكاتب ذلك إن عتقا، وإن لم يعلم بذلك السيد حتى عتقا مضى ذلك، وما أعتقا بإذن السيد جاز، وعتق أم الولد لعبدها كما وصفنا في عتق العبد عبده. انتهى. وقد علم أن أم الولد والمكاتب بمنزلة القن، وكذا من بعضه حر صرح به في أول رسم من سماع عيسى من كتاب العتق، والظاهر أن المدبر والمعنى إلى أجل كذلك، وأظن أن اللخصي صرح بذلك. والله أعلم. وفي المقدمات في كتاب المأذون:

وأما العبد فما أعتق أو وهب فإذا لم يعلم السيد بذلك أو علم ولم يقض برد ولا إجازة حتى عتق العبد والمال بيده فإن ذلك لازم له، ولا أعلم في ذلك نص خلاف، وهو دليل على أن فعله على الإجازة، فإن فوت العبد المال من يده قبل أن يعتق ببيع أو هبة بطلت الصدقة والعتق. قاله في الصدقة في كتاب الاعتكاف. والعتق مقيس عليها إلا أن يفرق بينهما مفرق لحرمة العتق وهو بعيد، فإن رد السيد ذلك وبقي بيده حتى عتق ولم يفوته/ لم يلزمه شيء. قاله في المدونة في الصدقة والهبة. والعتق مقيس على ذلك. انتهى. ويخرج أيضا بقول المؤلف: "بلا حجر" الزوجة فيما زاد على الثلث، فإذا أعتقت عبدا فإن حمله الثلث جاز، وإن حمل بعضه فالمشهور أن للزوج رد الجميع، فإن أعتقت ثلث عبد لا

متن الخطاب تملك غيره فهل له رده أو يمضي؟ فيه قولان ذكرهما في التوضيح في باب الحجر، وانظرها في رسم سن من سماع ابن القاسم من العتق، ويخرج أيضا المريض فيما زاد على الثلث، فإذا أعتق عبدا لا يملك غيره مضي منه الثلث. والله أعلم. وخرج أيضا المرتد. قال في الشامل في باب الحجر: وحجر لردة فلا [ينفذ] [تصرف] [من قد حجر] ¹⁹⁴⁸ عليه، وظاهره ولو أسلم بعد ذلك. والله أعلم. وتقدم في باب الحجر الكلام على الحجر بالردة، ويخرج أيضا المدين إذا فلسه الإمام، وأما من أحاط الدين بماله فيخرج بقوله: "إحاطة دين".

قال ابن عبد السلام: فإن قلت لا شك أن أحد أسباب الحجر إحاطة الدين بماله فإذا انتفى الحجر عموما انتفى كون الدين محيطا؟ قلت: السبب الحقيقي هو الفلس وهو متأخر عن إحاطة الدين وقد علم أن من الأفعال ما يصح فعله من الذي أحاط الدين بماله، ولا يصح من المفلس المحجور عليه، وعلى هذا فالحجر لأجل الفلس أخص من إحاطة الدين، ونفى الأخص الذي هو الحجر للفلس نفى للأعم الذي هو إحاطة الدين. انتهى. وفيه نظر لأنه قد سلم أن إحاطة الدين مما يقع به الحجر ولو في بعض الأشياء، والمقصود في قول المؤلف وابن الحاجب: "بلا حجر" نفى مطلق الحجر لا نفى الحجر من الوجود، وإلا لخرج حجر الزوجة والمريض.

تنبيهات: الأول: قول المؤلف: "إنما يصح" هل مراده إنما يصح ويلزم، أو مراده مطلق الصحة وإن لم يلزم؟ فإن أراد الأول فليس في كلامه ما يدل عليه، ومع ذلك فيرد عليه الكافر، فإنه إذا أعتق عبده الكافر لا يلزمه عتق، مع أنه يصدق عليه أنه مكلف لا حجر عليه؛ لأن الصحيح أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة.

قال في العتق الثاني منها في ترجمة من أعتق من الغنيمة قبل قسمها: وإذا أسلم عبد النصراني ثم أعتقه قضي عليه بعتقه؛ لأنه حكم بين مسلم وذمي، ولو دخل إلينا حربي بأمان وكاتب عبدا له أو أعتقه أو دبره ثم أراد بيعه فذلك له، وكذلك النصراني إذا أعتق عبدا له نصرانيا ثم أراد أن يردّه في الرق أو يبيعه فذلك له إلا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الإسلام. قوله: "فذلك له" قال ابن يونس: ولا يحال بينه وبين ذلك إلا أن يكون أبانه عنه، ونحوه في الجنائيات. انتهى. وكذلك ورد في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى مطلقا فقال ابن رشد: ظاهر الرواية أن للنصراني أن يرجع في عتق عبده النصراني ما دام على النصرانية لا يمنع من ذلك، وإن كان لما أعتقه [كان] ¹⁹⁴⁹ قد خلى سبيله وخرج عن خدمته مثل قول ابن القاسم في المكاتب منها خلاف [دليل قول مالك في جنائياتها] ¹⁹⁵⁰

1947 - في المطبوع يعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 328 ويحيى ص 144 وم ص 105 ويم ص 121 وما يابى 232.

1948 - في المطبوع (مرتد حجرا) يم ص 121 ويحيى ص 144 وم ص 105 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 328 وما يابى 232.

1949 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 328 ويحيى ص 144 وم ص 106 ويم ص 122 وما يابى 232.

1950 - * في المطبوع خلاف ما في جنائياتها وما بين المعقوفين من م 106 ويحيى 487 وسيد 44 وما يابى 232.

متن الخطاب أن ذلك له ما لم يخرج من يده؛ لأن قوله: "إذا لم يخرج من يده" يدل على أن له أن يرجع في عتقه بعد إسلامه إذا لم يخرج من يده خلاف ما في كتاب المكاتب، فتحصيل المسألة أنه إذا أعتقه وخلى سبيله وأخرجه من خدمته، ثم أراد أن يرجع في عتقه قبل إسلامه كان له على ظاهر هذه الرواية ولم يكن له على ما في [جناياتها، 1951] وإن أراد أن يرجع في عتقه بعد أن أسلم ولم يكن خرج عن خدمته كان ذلك له على ما في هذه الرواية خلاف ما في كتاب المكاتب منها. انتهى. ثم قال في المدونة: وكذلك لو كاتبه أو دبره ثم أراد بيعه لم يمنع إلا أن يسلم العبد وهو في يده، فيؤاجر المدبر وتباع كتابة المكاتب. قيل له فإن بتل النصراني عتق عبده النصراني أو دبره أو حلف بذلك ثم أسلم فحنث؟ قال: إن حنث بيمينه في نصرانيته أو بعد إسلامه لا شيء عليه، وكذلك جميع أيمانه. انتهى. فيخرج من قوله: "وكذلك لو كاتبه إلى آخره" أنه لو أعتقه ثم أسلم العبد وهو في يد سيده وأراد الرجوع له ليس له ذلك.

329

وقال الشيخ أبو الحسن: قال ابن يونس: وظاهر كلام ابن القاسم أنه [خالف 1952] بين إسلام العبد وإسلام السيد، وهذا إذا لم يبين العبد عن نفسه. انتهى. وقد حصل اللخمي جميع ذلك فقال: وإذا [أعتق 1953] النصراني عبده المسلم لزمه ذلك لأنه حكم بين مسلم ونصراني فيجري على حكم الإسلام، وإن أعتق عبده النصراني ثم أسلم العبد فإن أسلم بعد أن رجع عن عتقه واسترقه لم يلزمه ذلك العتق، وإن أسلم بعد أن حاز نفسه لم يكن ذلك للسيد، وإن أسلم قبل أن يحوز نفسه وقبل أن يرجع عن العتق فقولان، والقياس أنه لا شيء عليه؛ لأنه لو رجع قبل إسلام العبد كان ذلك له ولم يؤخذ بما عقد، وإسلام العبد لا يوجب عليه ذلك العقد. انتهى. وقد علمت من قول المدونة المتقدم: "وكذلك لو كاتب عبده أو دبره" أن الجاري عليه أنه لا يرجع. ثم قال اللخمي: وكذلك إن أسلم السيد وحده أو أسلم السيد ثم العبد فإن كان الإسلام [بعد 1954] أن رجع في العتق لم يلزمه، وإن كان بعد أن حاز نفسه لزمه، وإن كان بقرب العتق قبل أن يرجع وقبل أن يحوز نفسه كان على الخلاف، وإن حلف بعتق عبده ثم حنث لم يلزمه، وسواء حنث قبل الإسلام أو بعده؛ لأن عقد الكفر غير لازم، وإذا أعتق النصراني عبده النصراني ثم امتنع من إنفاذ العتق لم يجبر عليه، ولو حوزه نفسه لم يكن له أن يرجع فيه. انتهى. إلا أن يقال إن المؤلف مشى على القول بأنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فقد صح، فيخرج الكافر بقوله: "مكلف" ويكون مراده إنما يصح ويلزم، وإن أراد المؤلف بقوله: "إنما يصح" مطلق الصحة وإن لم يلزم فيرد عليه أن غالب

1951 - في المطبوع جنايتها وما بين المعقوفين من م 106 ويحيى 497.

1952 - في المطبوع خلاف وما بين المعقوفين من ن عقود ص 329 ويحيى ص 144 وم ص 106 ويم ص 122 وما يابى 233.

1953 - في المطبوع اغتق وما بين المعقوفين من عقود ص 329 وم 106 ويحيى 487 ويم 143.

1954 - في المطبوع قبل وما بين المعقوفين من ن عقود ص 329 ويحيى ص 145 وم ص 106 ويم ص 122 وما يابى 233.

نص خليل

وَلْغَرِيمِهِ رَدُّهُ أَوْ بَعْضُهُ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَوْ يَطُولَ أَوْ يُفِيدَ مَالًا وَلَوْ قَبْلَ نَفُوزِ الْبَيْعِ رَقِيقًا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لَا زَمُّ بِهِ وَبِفَكِّ الرَّقَبَةِ وَالتَّحْرِيرِ وَإِنْ فِي هَذَا الْيَوْمِ بِلَا قَرِينَةٍ مَدَحٌ أَوْ خُلْفٌ أَوْ دَفْعٌ مَكْسٌ وَبِلَا مِلْكٍ أَوْ لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ إِلَّا لِجَوَابٍ وَبِكَوْهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ وَبِكَاسَقْنِي أَوْ أَذْهَبْ أَوْ اعْزُبْ بِالنِّيَّةِ وَعَتَقَ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ عُلِقَ هُوَ وَالْمُشْتَرِي عَلَى الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ وَبِالْإِشْتِرَاءِ الْفَاسِدِ فِي إِنْ اشْتَرَيْتَكَ.

متن الخطاب

ما احتراز عنه صحيح، ويتوقف لزومه على إجازة الغير كعتق المريض والمرأة والعبد والمدبر فتأمله. والله أعلم.

الثاني: قوله: "بلا حجر" يغني عن قوله: "مكلف" والله أعلم. وكلام الجواهر نحو كلام المصنف فإنه قال: المعتق كل مكلف بلا حجر. انتهى.

الثالث: قال ابن عرفة: وقول ابن شاس وابن الحاجب [وقبوله¹⁹⁵⁵] شارحاه، وله أركان الأول المعتق يقتضي أن المعتق جزء من العتق وليس كذلك، إلا أن يريد: وأركانه الحسية المتوقف وجوده حسا عليها كاللحم والعظم والدم للإنسان لا أركانه المحمولة [عليه¹⁹⁵⁶] كالحيوان والناطق للإنسان. انتهى. ومن المعلوم أنهم لم يريدوا إلا الأركان الحسية المتوقف وجوده عليها حسا، وانظر لم آخر الاعتراض إلى هنا؟ وهلا أورده من أول الذكاة والصيد؟ فتأمله. والله أعلم.

ص: وَلْغَرِيمِهِ رَدُّهُ أَوْ بَعْضُهُ ش: أي ولغريم الدين رد عتقه إن أحاط الدين بماله وإن لم يحط الدين/ بماله فللغريم رد بعض العبد حتى يستوفي حقه.

330

تنبيهات: الأول: تقدم في باب التفليس أنه محمول على الجواز حتى يتحقق أنه وقت العتق عليه دين يستغرق ما بيده فانظره.

الثاني: ظاهر قول المصنف: "ولغريمه رده" أن ذلك للغريم دون أمر الإمام، والذي في المدونة، ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة أن العتق لا يردّه إلا الإمام. قال ابن عبد السلام: واختلف في عتق المديان هل هو موقوف على إجازة الغرماء، وهو مذهب مالك وأكثر أهل المدينة، أو هو جائز ما لم يفلس ويحجر عليه الحاكم، وهو مذهب جماعة خارج المذهب؟ وعلى الأول لا [يرده¹⁹⁵⁷] الغرماء إن أرادوا ذلك حتى يرفعوا إلى الحاكم فهو الذي يحكم بالرد بعد إثبات موجب ذلك عنده، فإن رده وباعوه فإن الإمام يرد بيعهم وينظر في أمرهم، فإن ثبت عنده موجب بيعه باعه وإلا [تمم¹⁹⁵⁸] عتقه. انتهى. وقال في المدونة في أواخر العتق الأول: ومن رد غرماؤه عتقه فليس له ولا لغرمائه بيعهم دون الإمام، فإن فعل أو فعلوه ثم رفع إلى الإمام بعد أن أيسر رد البيع ونفذ العتق. انتهى. ونقله ابن عرفة في أول العتق.

الحديث

1955 - في المطبوع قبله وما بين المعقوفين من ن عدود ص329 ويحيى ص145 وم ص106 ويم ص122 ومايأبى233.

1956 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص329 ويحيى ص145 وم ص106 ويم ص122 ومايأبى233.

1957 - في المطبوع يرد (ويحيى ص145 حتى يرفع الحاكم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 وم ص106 ويم ص122.

1958 - في المطبوع تم ويحيى ص145 (ويم ص122 وإلا مضى عتقه) وما بين المعقوفين من ن ذي ص330 وم ص106 ومايأبى233.

الثالث: ظاهر كلامه أن للغريم رد العتق ولو طال. قال ابن رشد في الأجوبة: وأما عتق من أحاط الدين بماله فلا اختلاف أنه لا يجوز إلا أن يجيزه الغرماء، واختلف إن لم يعلموا حتى طال الأمر وجازت شهادته وورث الأحرار ف قيل لهم أن يردوه، وقيل ليس لهم أن يردوه لاحتمال أن يكون قد أفاد في خلال المدة مالا [لم¹⁹⁵⁹] يعلم به ثم ذهب مع حرمة العتق، فإن كانت الديون التي عليه قد استغرقت من تبعات لا تعلم أربابها نفذ عتقه على كل حال ولم يرده وكان الأجر لأرباب التباعات والولاء للمسلمين. انتهى من مسائل الشركة.

الرابع: قال في المدونة: وإذا باعهم الإمام عليه في دينه ثم اشتراهم بعد يسره كانوا [له¹⁹⁶⁰] أرقاء ولا يعتقون. انتهى.

الخامس: قوله: "أو بعضه" قال في التوضيح: فإن لم يوجد من يشتريه إلا كاملا بيع جميعه، واختلف فيما يبقى قال ابن حبيب: يصنع [به¹⁹⁶¹] ما شاء، وقيل يستحب أن يجعله في عتق، وإليه ذهب للحمي، أما لو أعتق عبيدين لا مال له غيرهما وقيمتها أكثر من الدين، ونحن إن بعنا منهما بالحصص لم يفيا بالدين فقال ابن عبد الحكم يقرع بينهما على أيهما يباع للدين، وهو ظاهر. السادس: إذا بعض العتق وأراد مالك بعضه سفرا وامتنع هو ففي ذلك ثلاثة أقوال، فقال مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية إنه يسافر [به¹⁹⁶²]، ويكتب له القاضي كتابا إن لم يكن مأمونا، واستدل بأن الحرية تبع للرق بدليل إجماعهم أن أحكامه أحكام الرق ما بقيت فيه شائبة، وقال أيضا في سماع أشهب من الشركة: إن السيد إن كان مأمونا سافر به وإلا فلا، والثالث رواه البرقي عن أشهب أنه ليس له السفر به مطلقا، وإن كان مأمونا والعبد مستعربا لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك فصار شريكا في نفسه. ابن رشد: وهو محض القياس، وحكاة أيضا عن أشهب ابن المواز وابن حبيب. قال ابن حبيب: ولو أراد الانتقال به إلى قرية يسكنها من الحواضر كان له ذلك ولو كره العبد.

فرع: قال ابن رشد: وإذا قضي له بالخروج كانت نفقته وكراؤه عليه في سفره حتى يقر قراره في موضع يكون له فيه عمل ومكتسب فيكون له أيام وللسيد أيام. انتهى من الرسم المذكور. تنبيه: قال فيه أيضا: معنى قوله يكتب له كتابا أي إلى قاضي البلد الذي يسافر [إليه¹⁹⁶³]

1959 - ساقطة من المطبوع وما يابى 234 ويحيى ص 145 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 وم ص 106 ويم

ص 122.

1960 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 ويحيى 145 وم ص 106 ويم ص 122

وما يابى 234.

1961 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 ويحيى 145 وم ص 106 ويم ص 122

وما يابى 234.

1962 - ساقطة من المطبوع (ويم ص 122 يسافر فيه) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 ويحيى 145 وم ص 106

وما يابى 234.

1963 * - في المطبوع يسافر لها ما بين المعقوفين من يحيى 488 وسيد 44 وم 107 ويم 143 وما يابى 234.

نص خليل

كَانَ اشْتَرَى نَفْسَهُ فَاسِدًا وَالشَّقْصُ وَالْمُدْبَرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَوَلَدُ عَبْدِهِ مِنْ أُمِّهِ وَإِنْ بَعْدَ يَمِينِهِ وَالْإِنْشَاءَ فِيمَنْ يَمْلِكُهُ أَوْ لِي أَوْ رَقِيقِي أَوْ عَبِيدِي أَوْ مَمَالِكِي لَا عَبِيدُ عَبِيدِهِ كَامِلِكُهُ أَبَدًا أَوْ وَجَبَ بِالنَّذْرِ وَلَمْ يُقْضَ إِلَّا بَبَتْ مُعَيَّنٌ وَهُوَ فِي خُصُوصِهِ وَعُمُومِهِ وَمَنْعٍ مِنْ وَطْءٍ وَبَيْعٍ فِي صِغَةِ حَنْثٍ وَعِتْقٍ عُضْوٍ وَتَمْلِكِهِ الْعَبْدِ وَجَوَابِهِ كَالطَّلَاقِ إِلَّا لِأَجَلٍ وَإِحْدَاكُمَا فَلَهُ الْأَخْتِيَارُ وَإِنْ حَمَلَتْ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَلَهُ وَطْؤُهَا فِي كُلِّ طَهْرٍ مَرَّةً وَإِنْ جَعَلَ عِتْقَهُ لِثَنَيْنِ لَمْ يَسْتَقِلَّ أَحَدُهُمَا إِنْ لَمْ يَكُونَا رَسُولَيْنِ وَإِنْ قَالَ إِنْ دَخَلْتُمَا فَدَخَلْتُ وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيهِمَا.

متن الخطاب

ويشهد له شاهدين ممن يسافر معه فيشهدهما على الكتاب وعلى عين العبد، وليس على ظاهره؛ لأن العبد لا ينتفع به في المكان الذي يذهب إليه بكتاب يكون بيده إلا ببينة عليه؛ إذ لا يحكم بكتاب القاضي دون بينة تنقله وتشهد عليه. انتهى. وانظر منتخب الأحكام قبل أبواب النكاح وفي آخره أيضا، وانظر اللخمي في كتاب العتق الثاني، / وانظر رسم العتق من سماع أشهب ورسم شك ورسم البز ورسم نذر سنة الجميع في سماع ابن القاسم من كتاب العتق [فإن¹⁹⁶⁴] في هذه المواضع مسائل تتعلق بالعتق بعضه. والله أعلم.

331

ص: كأن اشترى نفسه فاسدا ش: قال في كتاب العتق الثاني من المدونة: وإذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسدا فقد تم بيعه ولا يرد ولا يتبعه السيد بقيمة ولا غيرها. ابن يونس: يريد ويكون للسيد ما باعه به غررا كان أو غيره، وكأنه انتزعه منه وأعتقه. ثم قال في المدونة: بخلاف شراء غيره إياه إلا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير فيكون عليه قيمة رقبته، وقال غيره هو حر ولا شيء عليه. قال ابن يونس: وقال أحمد ابن ميسر إن أعتقه على خمر في يديه فهو حر ويكسر عليه وإن كان يتبعه به فهو بيع فاسد وعليه قيمة رقبته. ابن يونس: وقول ابن ميسر وفاق للمدونة ومسألة المدونة إنما هي على أنه اشتراه بخمر مضمون. انتهى.

332

ص: والشقص إلى آخره ش: نزلت مسألة وهي رجل له ممالك بمكة/ مثلا وله ممالك بغيرها فشكا إليه إنسان ممالكه الذين بمكة فقال عبيدي أحرار وقال إنه أراد من بمكة فهل يقبل قوله؟ انظر رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب العتق.

333

ص: وهو في خصوصه وعمومه إلى قوله إلا [لأجل¹⁹⁶⁵] ش: يعني أن العتق مثل الطلاق فيما ذكر إلا في الأجل فإنه إذا أعتق لأجل فإنه يلزمه / مسألة من أوصى في جوار له أن يحبس سبعين سنة ثم يعتق قال مالك: هو غير جائز وينظر السلطان فإن رأى يبيعهن بعن وإن رأى عتقهن عتقن. قال ابن رشد: وجه نظر الإمام في ذلك أن من كانت [يعلم¹⁹⁶⁶] أنها لا تعيش سبعين سنة مثل بنت الأربعين فأكثر فإنها تباع؛ لأن العتق لا يدركها، فهو كمن أوصى بعتقها بعد موتها، ومن كانت يمكن أن تعيش ذلك كبنت العشرين فأقل عجل عتقها؛ إذ لا يجوز أن تباع، ولعل العتق يدركها،

الحديث

1964 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 331 وم ص 107 ويم ص 122 وما يابى 234.

1965 - في المطبوع وما يابى 234 إلا الأجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 332 ويحيى 145 (وم ص 106 إلى الأجل) ويم ص 123.

1966 - في المطبوع وما يابى 235 تعلم وم ص 107 ويم ص 123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 333 ويحيى ص 146.

نص خليل

وَعَتَقَ بِنَفْسِ الْمَلِكِ الْأَبَوَانَ وَإِنْ عَلَوْا وَالْوَلَدُ وَإِنْ سَفَلَ كَبِنْتُ وَأَخٌ وَأَخْتٌ مُطْلَقًا وَإِنْ بَهَبَةً أَوْ صَدَقَةً أَوْ وَصِيَّةً إِنْ عَلِمَ الْمُعْطِي وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَاؤُهُ لَهُ وَلَا يُكْمَلُ فِي جُزْءٍ لَمْ يَقْبَلْهُ كَبِيرٌ أَوْ قَبْلَهُ وَلِيٌّ صَغِيرٌ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ لَا يَارِثُ أَوْ شِرَاءٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَيُبَاعُ.

متن الخطاب

ولا أن تحبس سبعين سنة لما في ذلك من الضرر عليها لقصد السيد إلى ذلك في ظاهر أمره فهذا معنى قول مالك لا أن السلطان يعمل بهواه. انتهى من رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق. فرع: قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة: ومن أوصى بعتق أمته إلى أجل والثالث يحملها فعجل الوارث عتقها قبل الأجل جاز، ولا رجوع [له وهو¹⁹⁶⁷] وضع خدمة والولاء للميت، وإن كانا وارثين فأعتقها أحدهما فعتقها ها هنا وضع خدمة فيوضع حق هذا من الخدمة ويكون نصيبه منها حرا، ولا يضمن لصاحبه قيمة خدمته منها وتخدم هي الآخر نصف خدمتها إلى تمام الأجل ثم تخرج حرة. انتهى. قال أبو الحسن: هذه مثل مسألة الشريكين في العبد يكتاتبان ثم يعتق أحدهما حصته إنما هو وضع مال، وأما العتق فبعقد الكتابة، وكذلك هذه إنما المعتق الموصي لا الورثة. انتهى. ص: وعتق بنفس الملك الأبوان ش: تصوره واضح.

فرع: قال في رسم العتق من سماع أشهب من كتاب العتق: قال وسمعت يسهل أيملك الرجل أمه أو أخته من الرضاعة؟ فقال: نعم في [رأبي¹⁹⁶⁸] وغير [ذلك خير.¹⁹⁶⁹] قيل له: ولا يعتقان عليه قال نعم. قال ابن رشد: هذا صحيح بين لا اختلاف فيه. انتهى. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: أما الأب والأخ من الرضاعة فالمشهور عندنا أنه لا يعتق. انتهى ويفهم منه أنه يعتق على القول الشاذ، فانظره مع ما حكى ابن رشد من الاتفاق.

فرع منه أيضا: الخنثى المشكل إذا كان عبدا وولد له من ظهره وبطنه فملك أحد الأخوين أخاه فهل يعتق عليه؟ لم أر فيه نقلا فليُنظر. انتهى.

ص: وإن سفل ش: قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب في النكاح في تقديم الأولياء: سفل بفتح الفاء. وقال الجزولي في شرح الرسالة في الفرائض: زعم بعضهم أنه لا يقال سفل بالضم. وقال في القاموس: وقد سفل ككرم/ وعلم ونصر. انتهى. فجعله مثلثا. والله أعلم.

334

ص: وإن بهبة أو صدقة أو وصية إن علم المعطي ولو لم يقبل ش: يعني أن من ملك أحدا من قرابته المذكورين يعتق عليه وإن كان ملكه بهبة بأن وهب له، سواء كانت هبة ثواب أو غيرها [أو بصدقة بأن¹⁹⁷⁰] تصدق به عليه أو بوصية بأن أوصى له به وحمله الثلث فإنه يعتق عليه، قبله أم لا، [بشرط¹⁹⁷¹] أن يعلم المعطي -بكسر الطاء- أنه ممن يعتق على المعطي -بفتح الطاء-. هذا

الحديث

¹⁹⁶⁷ - في المطبوع له عليها وهو وما بين المعقوفين من ن عود ص 333 ويحيى ص 146 وم ص 107 ويم ص 123 وما يابى 235.

¹⁹⁶⁸ * - في المطبوع رأي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

¹⁹⁶⁹ - في المطبوع ذلك في خير وما بين المعقوفين من ن عود ص 333 وم ص 107 ويم ص 123 وما يابى 235.

¹⁹⁷⁰ - في المطبوع أو صدقة وإن ويحيى ص 146 وما بين المعقوفين من ن عود ص 334 وم ص 107 ويم ص 123 وما يابى 235.

¹⁹⁷¹ - في المطبوع ولا يشترط (ويحيى ص 146 أم لا ويشترط أن) وما بين المعقوفين من ن عود ص 334 وم ص 107 ويم ص 123 وما يابى 235.

نص خليل وبالحكم إن عمداً لشين برقيقه.

متن الخطاب معنى كلامه وكلام ابن الحاجب وابن عبد السلام والتوضيح وابن عرفة والشامل، وليس في المدونة تعرض لهذا القيد، وإنما ذكره في التوضيح وغيره فيما إذا وهب له أبوه وعليه دين ولم يعلم الواهب أنه أبوه فهل يباع؟ تردد في ذلك ابن رشد، وجزم ابن يونس والمازري أنه يباع في الدين لأنه لم يقصد به العتق. قاله في باب التفليس. قال في باب الولاء منها: ومن أوصى له بمن يعتق عليه والثلث يحمله عتق عليه، قبله أم لا، وله ولاؤه ويبدأ على الوصايا، ثم إنني وقفت على كلام ابن رشد في البيان فرأيت أنه صرح بهذا القيد في رسم القطعان من سماع عيسى من العتق وفي رسم المكاتب من سماع عيسى من الصدقات.

وأما مفهوم هذا القيد فلم أر من صرح به لا ابن رشد ولا غيره، ونص ما في سماع عيسى: قوله إنه إذا وهب له من يعتق عليه أو تصدق به عليه أو أوصى له به فحمله الثلث أن الولاء له قبله أم لم يقبله، وأنه إذا وهب له شقص منه، أو أوصى له به فلم يحمله الثلث أنه إن قبل قوم عليه الباقي، وإن لم يقبل عتق منه ما وهب له أو ما حملة الثلث وكان الولاء له على كل حال هو قوله في المدونة: ووجهه أنه لما وهبه له أو تصدق به عليه أو أوصى له به وقد علم أنه يعتق عليه إذا ملكه ولم يكن على يقين من قبوله إياه حمل على أنه أراد عتقه عنه فكان الولاء له، قبله أم لا. انتهى. ونحوه في الموضع الثاني من الصدقات فمن وقف على غير هذا فليفده. والله الموفق.

ص: وبالحكم إن عمداً لشين برقيقه ش: هذا هو المشهور، وقيل يعتق بنفس المثلة. قال الشيخ يوسف بن عمر: وعلى الأول فله أن ينتزع ماله قبل الحكم وعلى الثاني يتبعه ماله. انتهى. وقوله: "برقيقه" دخل فيه القن ومن فيه شائبة حرية وهو كذلك. قال في المدونة: ومن مثل بعبدته أو بأم ولده أو بعبد لعبدته أو لمديره أو لأم ولده عتقوا عليه. ثم قال: وإن مثل بمكاتبه عتق عليه وينظر في جرحه لمكاتبه أو قطع جارحة منه فيكون عليه من ذلك ما على الأجنبي ويقاص بالأرث في الكتابة، فإن ساواها عتق عليه، وإن نافت عليه الكتابة عتق ولا يتبع ببقيتها، وإن ناف الأرث عليها اتبع المكاتب [سيده¹⁹⁷²] بالفضل وعتق عليه. انتهى.

فرع: قال ابن أبي زيد في مختصره: محمد بن المواز: قال أشهب إذا مثل بعبدته وعليه دين يحيط بماله أنه يعتق بماله وإن أحاط الدين به؛ لأنه عتق جنابة حدها العتق، وكذلك في العبد يمثل بعبدته، وكذلك قال في المولى عليه يمثل بعبدته، وقيل لا يعتق بالمثلة على العبد والمديان والسفيه، وهو الذي رجع إليه ابن القاسم في السفيه وكان يقول/ يعتق ولا يتبعه ماله، وقال ابن وهب: يعتق ويتبعه ماله. انتهى.

فرع: قال في المدونة: قال يحيى بن سعيد: ويعاقب من مثل بعبدته ويعتق عليه. انتهى.

335

الحديث

نص خليل

أَوْ رَقِيقٍ رَقِيقِهِ أَوْ لَوْلٍ صَغِيرٍ غَيْرُ سَفِيهِ وَعَبْدٍ وَذِمِّي بِمِثْلِهِ وَزَوْجَةٍ وَمَرِيضٍ فِي زَائِدِ الثَّلَاثِ وَمَدِينٍ كَقَلْعٍ ظَفَرٍ وَقَطْعٍ بَعْضُ أَذُنٍ أَوْ جَسَدٍ أَوْ سِنٍ أَوْ سَحْلٍهَا أَوْ خَرَمٍ أَنْفٍ أَوْ حَلَقٍ شَعْرَ أَمَةٍ رَفِيعَةٍ أَوْ لِحْيَةٍ تَاجِرٍ أَوْ وَسْمٍ وَجْهِ بَنَارٍ لَا غَيْرِهِ وَفِي غَيْرِهَا فِيهِ قَوْلَانِ وَالْقَوْلُ لِلْسَيِّدِ فِي نَفْيِ الْعَمْدِ لَا فِي عِتْقِ بَمَالٍ.

متن الخطاب

ص: أو برقيق رقيقه ش: شمل الرقيق المكاتب وليس كذلك. قال في المدونة: وإن مثل بعبد مكاتبه لم يعتق عليه [وكان عليه ما نقصه إلا أن يكون مثله¹⁹⁷³] مفسدة فإنه يضمنه ويعتق عليه، وكذا في عبد زوجته مع العقوبة في تعمده. انتهى.

ص: أو لولد صغير ش: يعني وكذا يعتق عليه رقيق ولده الصغير إذا مثل به، ومثل الصغير المولى عليه الكبير. قال في العتق الثاني من المدونة إثر كلامه المتقدم: وكذلك إن مثل بعبد لابنه الصغير فإنه يعتق عليه إن كان مليا ويغرم قيمته. انتهى. قال للخصي في كتاب العتق الثاني: فصل ومثله بعبد ولده الصغير كمثله بعبد نفسه إن كان موسرا بقيمته، وإن كان معسرا لم يقوم عليه. قال: وهو بمنزلة ما لو أعتقه وليس بالبين لأنه إنما ألزم القيمة إذا أعتقه لأنه [الزم¹⁹⁷⁴] ذلك رضي أن يأخذه لنفسه بقيمته وليس تعديه بالمثل رضا بعتقه وتمثيله بعبد ولده الكبير بمنزلة مثله بعبد غيره من الأجانبين إلا أن يكون الولد سفيها في ولاية أبيه فيعتق على قول ابن القاسم. انتهى. ونقله ابن عرفة، ونقله في التوضيح، وزاد بعد قوله من الأجانبين ما نصه: لا يعتق عليه إلا أن تبطل منافعه. انتهى.

وفي الفصل الرابع من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون: مسألة لو جنى رجل على عبد رجل جنائية مفسدة غرم قيمته وعتق عليه وإن كره سيده على الأصح، وقيل إن اختار أخذه فله ذلك. انتهى. وقد تقدم للمصنف في فصل التعدي حيث قال: "واعتق عليه إن قوم ولا منع لصاحبه في الفاحش على الأرجح". انتهى. والله أعلم.

تنبيه: قال في المقرب: ومن مثل بعبيد امرأته عوقب وضمن ما نقص إلا أن تكون [مثلة مفسدة¹⁹⁷⁵] فيضمن قيمتهم ويعتقون عليه. انتهى. وتقدم لفظ المدونة في ذلك في القولة التي قبلها.

ص: [كقلع¹⁹⁷⁶] ظفر إلى آخره ش: هذه أمثلة المثلة، وكذلك إذا خصاه قال في عتقها الثاني: وإن قطع أنملة من أصبع عبده عمدا أو أحرق شيئا من عبيده بالنار على وجه العذاب أو خصاه قال ربعة: أو قطع حاجبيه. قال مالك: أو سحل أسنان أمته بالمبرد أو قلعهما على وجه العذاب فهي مثلة يعتق عليه بها. انتهى. ونقله ابن أبي زمنين في المقرب والمنتخب، ولفظه: قال مالك ومن خصى عبده عتق عليه. انتهى.

وقال ابن زيد في مختصر المدونة: / والمثلة التي يعتق بها العبد على سيده قطع وكذلك إن قطع

336

الحديث

1973 - في المطبوع وكان إلا أن يكون ما نقصه مثله وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى ص490 وم ص107 ويم ص123 وما يابى 236 (وكان عليه ما نقصه إلا أن يكون مثله).

1974 - مرض عليها عدود.

1975 - في المطبوع وما يابى 236 مثلة فاسدة ويم 123 وم 108 وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى 490.

1976 - في المطبوع كقطع وم ص108 ويم ص123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى ص147 وما يابى 236.

متن الخطاب أنملة العبد أو خصاه قال ربعة: أو قطع حاجبيه. قال ابن القاسم: أو قلع أسنانه على وجه العذاب وكذلك أفتى مالك وغيره في التي سحلت أسنان جارياتها، ولو أحرقه بالنار على وجه العذاب عتق، وإن كواه تدافوا لم يعتق. انتهى. وانظر للبخمي والزناطي وكلام التوضيح في أواخر الجهاد عند قول ابن الحاجب: ولو سرقوا في معاهدتهم نص ما في التوضيح مالك وغيره وإن [خصي¹⁹⁷⁷] المستأمن أو المعاهد عبده لا يعتق عليه وكأنه خصاه ببلده. انتهى.

وكلام اللخمي والزناطي هو أنهما جعلتا العتق بالمثلثة على أربعة أوجه يعتق في واحد ولا يعتق في ثلاثة، فالذي يعتق فيه أن يكون عمدا على وجه العذاب، والتي لا يعتق فيها أن يكون خطأ أو عمدا على وجه المداواة والعلاج أو شبيهة بالعمد وليست بصريحة مثل أن يحذفه بسيف أو سكين فيبين منه عند ذلك [عضوا¹⁹⁷⁸].

قال ابن دينار في شرح ابن مزين: لا يكون مثله بضربة أو رمية وإن كان عامدا لذلك إلا أن يكون عامدا للمثلة [يضجعه¹⁹⁷⁹] فيمثل به وفي مثل ما يستقاد للابن من أبيه وهذا صحيح؛ لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وقد يريد تهديده ولا يريد خروجه عن ملكه بالعتق عن المثلة، وقد يريد المثلة حقيقة، فإذا احتمل فعله الوجهين حلف أنه لم يقصد ذلك وترك، وقال سحنون في كتاب ابنه إذا ضرب رأسه فنزل الماء في عينيه لم يعتق عليه لأنه يحتمل أن يكون قصد ضرب الرأس دون ما أحدث. انتهى من اللخمي. ونقله الزناطي وغيره. فانظر على هذا إذا خصى الإنسان عبده فإن كان قاصدا لتعذيبه فإنه يعتق عليه كما لو غار السيد منه [بأن¹⁹⁸⁰] رآه يتعرض لحريمه أو ما أشبه ذلك فقصد بخصائه تنكيله بذلك كما ورد عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه قال كان لزنباع عبد يسمى [سندر أو ابن سندر¹⁹⁸¹] فوجده يقبل جارية له فجبه [وجدع¹⁹⁸²] أنفه [فأعتقه¹⁹⁸³] رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: {من مثل بعبده [أو أحرقه¹⁹⁸⁴] بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله¹}. ذكره اللخمي وغيره. وإن حصل للعبد في ذلك الموضع مرض فأدى علاجه ومداواته إلى خصائه لم يعتق عليه، وأما إذا خصاه لا لتعذيبه ولا لقصد المداواة بل ليزيد ثمنه

الحديث 1 - مسند الإمام أحمد، ج 2 ص 182، دار الفكر 1978، وأبو داود في سننه، كتاب الديات، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 4519، وابن ماجه، رقم الحديث 2680، كتاب الديات، دار إحياء التراث العربي بيروت 1975.

1977 - في المطبوع خصاء ويحيى ص 147 (ويم ص 124 وم ص 108 وإن اخصى) ومايأبى 237 (أخصا) وما بين المعقوفين من ن ذي ص 336.

1978 - في المطبوع ومايأبى 237 وم ص 108 عضو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 ويحيى ص 147 ويم ص 124.

1979 - في المطبوع بضجة وما بين المعقوفين من م 108 ويم 145 ومايأبى 237 ويحيى 490 وسيد 45.

1980 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 وم ص 108 ويم ص 124 ومايأبى 237.

1981 - في المطبوع سندر بن سندر وما بين المعقوفين من يحيى 490 ومايأبى 239 ويم 145 وم 108.

1982 - في المطبوع ومايأبى 237 وجدع ويحيى ص 147 وم ص 108 ويم ص 124 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336.

1983 - في المطبوع ومايأبى 237 فعتقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336.

1984 - في المطبوع وأحرقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 ويحيى ص 147 وم ص 108 ويم ص 124 ومايأبى 235.

نص خليل

وَبِالْحُكْمِ جَمِيعُهُ إِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا وَالبَّاقِي لَهُ كَأَنْ بَقِيَ لِبَعْدِهِ.

متن الخطاب [فمفهوم كلام¹⁹⁸⁵] اللخمي أنه لا يعتق عليه وإن كان ذلك لا يجوز بالإجماع، كما نقله الجزولي وغيره، وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَأَصْلَنَهُمْ﴾: ولم يختلفوا أن خصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز وأنه مثله وتغيير لخلق الله، وكذلك قطع سائر أعضائه من غير حد ولا قود. قاله أبو عمران. انتهى.

وقال في تفسير قوله تعالى: ﴿فليغيرن خلق الله﴾: واعلم أن الوسم والإشعار مستثنى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان ومن نهيه عن تعذيب الحيوان بالنار¹، والوسم الكي بالنار، وأصله العلامة، وثبت في صحيح مسلم عن أنس أنه قال: رأيت في يد رسول الله صلى الله عليه وسلم الميسم وهو يسم إبل الصدقة والفيء² وغير ذلك حتى يعرف كل مال فيؤدي حقه ولا يتجاوز به إلى غيره. انتهى. وفي المسائل الملقطة: مسألة: ولا يجوز بيع الخصي والمجبوب لأنه بمجرد الفعل عتق على مالكة، وقيل يجوز بيعه إذا كان سيده كافرا. انتهى.

ص: وبالحكم جميعه إن أعتق جزءا ش: قال ابن رشد: سألني سائل أن أوضح له معنى قول القاضي أبي محمد في التلقين ولا يجوز تبويض العتق ابتداء ومن بعض العتق باختيار له أو بسببه لزمه تكميله كان البعض له أو لغيره بشرطين أحدهما وجود ثمنه والآخر بقاء ملكه، وقيل في هذا يلزم في ثلثه، وسواء كان أحد الثلاثة مسلما أو ذميا فقلت: أما قوله: "ولا يجوز تبويض العتق" فهو كلام ليس على [حقيقة¹⁹⁸⁶] ظاهره لأن تبويض العتق هو أن يعتق الرجل بعض عبده أو شقصا له في عبد، ومن فعل ذلك لزمه العتق ومضى بلا خلاف، ولزمه فيه حكم وهو التتميم؛ لأن النبي/

صلى الله عليه وسلم إنما قال: {من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل³} ولم يقل من أعتق شركا له في عبد لم يجز، ولو قال ذلك لوجب أن يرد عتق من أعتق بعض عبده أو شقصا له، ولا يصح أن يطلق في العتق أنه غير جائز إلا فيما يجب رده كعتق عبد غيره فمراده رضي الله عنه بقوله: "ولا يجوز" أي لا يجوز إقرار العتق مبعضا إلا أن يمنع من تتميمه مانع، وهذا مفهوم لا إشكال فيه، وإنما ذكرنا وجه مراده لنبين أنه ليس على حقيقة مقتضى كلامه وأن فيه تجاوزا، وللمخاطب أن يجاوز في [اللفظ¹⁹⁸⁷] إذا أمن إشكال المعنى. انتهى.

فرع: إذا أعتق أحد الورثة نصيبه من عبد من عبيد الميت فإنه يقوم عليه ويعتق جميعه، ويفهم ذلك

337

الحديث

- 1 - مسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، رقم الحديث 2117. ومسند أحمد ج 3 ص 297، ومسلم 2116،
- 2 - البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، رقم الحديث 1502، ط. دار الفجر، ومسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، رقم الحديث 2119، ط. دار إحياء التراث العربي.
- 3 - مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 1501، دار إحياء التراث العربي.

1985 - في المطبوع ومايأبى 237 فمفهوم أول كلام ويم ص 124 ويحيى ص 147 وم ص 108 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336.

1986 * - في المطبوع حقيقته وما بين المعقوفين من يحيى 491 وسيد 45 ويم 145 ومايأبى 238 وم 108.

1987 - في المطبوع اللقطة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ويحيى ص 148 وم ص 108 ويم ص 124 ومايأبى 238.

نص خليل

إِنْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ يَوْمَهُ وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُسْلِمًا أَوْ الْعَبْدُ وَإِنْ أَيْسَرَ بِهَا أَوْ بَبَعْضِهَا فَمَقَابِلُهَا وَفَضَلَتْ عَنْ مَثْرُوكِ الْمُفْلَسِ وَإِنْ حَصَلَ عِتْقُهُ بِاخْتِيَارِهِ لَا يَارِثُ وَإِنْ ابْتَدَأَ الْعِتْقَ لَا إِنْ كَانَ حُرَّ الْبَعْضِ وَقَوْمَ عَلَى الْأَوَّلِ وَإِلَّا فَعَلَى حِصَصِهِمَا إِنْ أَيْسَرَ وَإِلَّا فَعَلَى الْمُوسِرِ وَعُجِّلَ فِي ثُلْثِ مَرِيضٍ أَمِنْ وَلَمْ يَقُومَ عَلَى مَيِّتٍ لَمْ يُوصَ وَقَوْمَ كَامِلًا بِمَالِهِ بَعْدَ امْتِنَاعِ شَرِيكِهِ مِنَ الْعِتْقِ وَنُقِصَ لَهُ بَيْعٌ مِنْهُ وَتَأْجِيلُ الثَّانِي أَوْ تَدْبِيرُهُ وَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ اخْتِيَارِهِ أَحَدَهُمَا وَإِذَا حُكِمَ بِبَيْعِهِ لِعُسْرِهِ مَضَى.

متن الخطاب

من كلامهم في مسألة من أقر أن أباه أعتق عبده. ذكرها في العتق الثاني [من¹⁹⁸⁸] المدونة.
ص: إن دفع القيمة يومه ش: أي يوم الحكم. قال ابن الحاجب: وعلى الأظهر يقوم يوم الحكم لا يوم العتق. قال في التوضيح: هذا إذا أعتق نصيبه خاصة، وأما إن عم العتق في يوم العتق كما ذكرناه من كلامه في الجواهر.

ص: وعجل في ثلث مريض أمن ش: هكذا قال في كتاب العتق الثاني من المدونة.
فرع: قال ابن عرفة: قال ابن رشد في ثاني مسألة من رسم العتق من سماع أشهب من أعتق شقصا من عبده أو عبد بينه وبين شريكه في المدونة لا خلاف أن ذلك من الثلث ما أعتق منه وما بقي إن مات من ذلك المرض ولم يصح منه، واختلف في تعجيل التقويم في المرض على قولين: أحدهما أنه لا يعجل ولا ينظر فيه إلا بعد الموت،/ وهو نص المدونة، والثاني أنه يعجل التقويم في المرض وهو قائم من المدونة وعليه فلا ينفذ العتق حتى يصح فيكون من رأس المال أو يموت فتكون القيمة من الثلث ينفذ فيه ما حمل منها ورق الباقي للورثة أو الشريك، وسواء كان له مال مأمون أو لم يكن، وقيل إن هذا إنما يكون إن لم يكن له مال مأمون، وأما إن كان له مال مأمون عتق في المرض جميعه إن كان له مال وقوم عليه فيه حظ شريكه إن كان له شريك وهو أحد قولي مالك في المدونة. انتهى.
ص: وتأجيل الثاني أو تدبيره ش: يريد إذا كان الأول موسرا، وأما إن كان معسرا [فإنه¹⁹⁸⁹] لا اعتراض على الثاني فيما فعل. نقله في التوضيح.

338

ص: وإذا حكم ببيعه لعسر مضى ش: قد تقدم أن من أعتق حصته في عبد وكان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وأنه لا يجوز لشريكه بيعه ويفسخ بيعه إن فعل، فإن كان معتق الحصة معسرا بقي سهم شريكه رقيقا يجوز له بيعه فقال المؤلف رحمه الله هنا: وإذا حكم ببيعه لعسر؛ أي إذا حكم بجواز بيع البعض الباقي من العبد المعتق بعضه لعسر المعتق مضى الحكم بذلك ولا ينقض ليسره ثانية.

قال في أواخر العتق الأول منها: وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر فرفع إلى الإمام فلم يقوم عليه لعسره ثم أيسر بعد ذلك فاشتري حصة شريكه لم يعتق، ولو رفع ذلك إلى الإمام فلم يقوم عليه ولا نظر في أمره حتى أيسر لقوم عليه. انتهى. وفرض المسألة في المدونة فيما إذا أعتق وهو معسر، وكلام المؤلف وابن الحاجب شامل لذلك، وأما إذا أعتق في حال يسره ولم يرفع أمره إلا بعد عسره فحكم

الحديث

1988 * - في المطبوع في وما بين المعقوفين من يحيى 491 وسيد 45 ويم 145 ومايaby 238 وم 108.

1989 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 338 ويحيى ص 148 وم ص 108 ويم ص 124

ومايaby 238.

نص خليل

كَقَبْلَهُ ثُمَّ أَيْسَرَ إِنْ كَانَ بَيْنَ الْعُسْرِ وَحَضَرَ الْعَبْدُ وَأَحْكَامُهُ قَبْلَهُ كَالْقَنْ وَلَا يَلْزَمُ اسْتِسْعَاءُ الْعَبْدِ وَلَا قَبُولُ مَالِ الْغَيْرِ وَلَا تَخْلِيدُ الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّةِ الْمُعْسِرِ بِرِضَا الشَّرِيكِ وَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ لِأَجَلٍ قَوْمَ عَلَيْهِ لِيَعْتِقَ جَمِيعُهُ عِنْدَهُ إِلَّا أَنْ يَبُتَّ الثَّانِي فَتَنْصِيبُ الْأَوَّلِ عَلَى حَالِهِ وَإِنْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ تَقَاوِيَاهُ لِيُرَقَّ كُلُّهُ أَوْ يُدَبَّرَ وَإِنْ ادَّعَى الْمُعْتَقُ عَيْبَهُ فَلَهُ اسْتِحْلَافُهُ وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ أَوْ أَجَارَ عَتَقَ عَبْدَهُ جُزْءًا قَوْمَ فِي مَالِ السَّيِّدِ وَإِنْ احْتِيجَ لِبَيْعِ الْمُعْتَقِ بَيْعٌ وَإِنْ أَعْتَقَ أَوَّلَ وَلَدٍ لَمْ يَعْتِقِ الثَّانِي وَلَوْ مَاتَ وَإِنْ أَعْتَقَ جَنِينًا أَوْ دَبَّرَهُ فَحُرٌّ وَإِنْ لَأَكْثَرَ الْحَمْلَ إِلَّا لِزَوْجٍ مُرْسَلٍ عَلَيْهَا فَلَأَقْلَهُ وَيَبْعَتُ إِنْ سَبَقَ الْعَتَقُ دَيْنٌ وَرَقٌّ وَلَا يُسْتَتْنَى بِبَيْعٍ أَوْ عَتَقَ وَلَمْ يَجْزُ اشْتِرَاءً وَلِيٍّ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى وَلَدٍ صَغِيرٍ بِمَالِهِ وَلَا عَبْدٌ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ وَإِنْ دَفَعَ عَبْدٌ مَالًا لِمَنْ يَشْتَرِيهِ بِهِ فَإِنْ قَالَ اشْتَرِنِي لِنَفْسِكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِنْ اسْتَتْنَى مَالَهُ وَإِلَّا غَرِمَهُ وَيَبْعُ فِيهِ وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْعَبْدِ وَالْوَلَاءِ لَهُ كِلْتَا عَتَقْنِي وَإِنْ قَالَ لِنَفْسِي فَحُرٌّ وَوَلَاؤُهُ لِبَائِعِهِ إِنْ اسْتَتْنَى مَالَهُ وَإِلَّا رُقٌّ وَإِنْ أَعْتَقَ عَبِيدًا فِي مَرْضِهِ أَوْ أَوْصَى بِعَتَقِهِمْ وَلَوْ سَمَاهُمْ وَلَمْ يَحْمِلْهُمْ الثَّلَاثُ أَوْ أَوْصَى بِعَتَقِ ثُلُثِهِمْ أَوْ بَعْدَ سَمَاهُ مِنْ أَكْثَرِ أَقْرَعٍ كَالْقِسْمَةِ إِلَّا أَنْ يَرْتَبَّ فَيَتَّبِعُ أَوْ يَقُولُ ثُلُثُ كُلِّ أَوْ أَنْصَافُهُمْ أَوْ أَثْلَاثُهُمْ وَتَبِعَ سَيِّدُهُ بِدَيْنٍ إِنْ لَمْ يَسْتَتْنِ مَالَهُ وَرَقٌّ إِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بَرَقَهُ أَوْ تَقَدَّمَ دَيْنٌ وَحَلَفَ وَاسْتَتْنَى بِالْمَالِ إِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِالْوَلَاءِ أَوْ اثْنَانِ أَتَاهُمَا لَمْ يَزَالَا يَسْمَعَانِ أَنَّهُ مَوْلَاهُ أَوْ وَارِثُهُ وَحَلَفَ وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ أَوْ أَقْرَأَ أَبَاهُ أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَجْزُ وَلَمْ يَقَوْمَ عَلَيْهِ وَإِنْ شَهِدَ عَلَى شَرِيكِهِ بِعَتَقِ نَصِيبِهِ فَتَنْصِيبُ الشَّاهِدِ حُرٌّ إِنْ أَيْسَرَ شَرِيكَهُ وَالْأَكْثَرُ عَلَى نَفْيِهِ كَعُسْرِهِ.

القاضي بعدم التقويم عليه فالظاهر أنهما سواء، وقد قال في المدونة قبله ببسير: وإن أعتق في يسره ثم قيم عليه في عسره فلا شك أنه لا يقوم عليه. انتهى. ويريد في المدونة بقوله المتقدم: ولو رفع ذلك إلى الإمام إلى آخره ما لم يكن بين العسر كما سيأتي في المسألة الآتية فإنه ذكرها في المدونة قبلها. ص: كقَبْلَهُ ثُمَّ أَيْسَرَ إِنْ كَانَ بَيْنَ الْعُسْرِ وَحَضَرَ الْعَبْدُ وَأَحْكَامُهُ قَبْلَهُ كَالْقَنْ وَلَا يَلْزَمُ اسْتِسْعَاءُ الْعَبْدِ وَلَا قَبُولُ مَالِ الْغَيْرِ وَلَا تَخْلِيدُ الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّةِ الْمُعْسِرِ بِرِضَا الشَّرِيكِ وَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ لِأَجَلٍ قَوْمَ عَلَيْهِ لِيَعْتِقَ جَمِيعُهُ عِنْدَهُ إِلَّا أَنْ يَبُتَّ الثَّانِي فَتَنْصِيبُ الْأَوَّلِ عَلَى حَالِهِ وَإِنْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ تَقَاوِيَاهُ لِيُرَقَّ كُلُّهُ أَوْ يُدَبَّرَ وَإِنْ ادَّعَى الْمُعْتَقُ عَيْبَهُ فَلَهُ اسْتِحْلَافُهُ وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ أَوْ أَجَارَ عَتَقَ عَبْدَهُ جُزْءًا قَوْمَ فِي مَالِ السَّيِّدِ وَإِنْ احْتِيجَ لِبَيْعِ الْمُعْتَقِ بَيْعٌ وَإِنْ أَعْتَقَ أَوَّلَ وَلَدٍ لَمْ يَعْتِقِ الثَّانِي وَلَوْ مَاتَ وَإِنْ أَعْتَقَ جَنِينًا أَوْ دَبَّرَهُ فَحُرٌّ وَإِنْ لَأَكْثَرَ الْحَمْلَ إِلَّا لِزَوْجٍ مُرْسَلٍ عَلَيْهَا فَلَأَقْلَهُ وَيَبْعَتُ إِنْ سَبَقَ الْعَتَقُ دَيْنٌ وَرَقٌّ وَلَا يُسْتَتْنَى بِبَيْعٍ أَوْ عَتَقَ وَلَمْ يَجْزُ اشْتِرَاءً وَلِيٍّ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى وَلَدٍ صَغِيرٍ بِمَالِهِ وَلَا عَبْدٌ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ وَإِنْ دَفَعَ عَبْدٌ مَالًا لِمَنْ يَشْتَرِيهِ بِهِ فَإِنْ قَالَ اشْتَرِنِي لِنَفْسِكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِنْ اسْتَتْنَى مَالَهُ وَإِلَّا غَرِمَهُ وَيَبْعُ فِيهِ وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْعَبْدِ وَالْوَلَاءِ لَهُ كِلْتَا عَتَقْنِي وَإِنْ قَالَ لِنَفْسِي فَحُرٌّ وَوَلَاؤُهُ لِبَائِعِهِ إِنْ اسْتَتْنَى مَالَهُ وَإِلَّا رُقٌّ وَإِنْ أَعْتَقَ عَبِيدًا فِي مَرْضِهِ أَوْ أَوْصَى بِعَتَقِهِمْ وَلَوْ سَمَاهُمْ وَلَمْ يَحْمِلْهُمْ الثَّلَاثُ أَوْ أَوْصَى بِعَتَقِ ثُلُثِهِمْ أَوْ بَعْدَ سَمَاهُ مِنْ أَكْثَرِ أَقْرَعٍ كَالْقِسْمَةِ إِلَّا أَنْ يَرْتَبَّ فَيَتَّبِعُ أَوْ يَقُولُ ثُلُثُ كُلِّ أَوْ أَنْصَافُهُمْ أَوْ أَثْلَاثُهُمْ وَتَبِعَ سَيِّدُهُ بِدَيْنٍ إِنْ لَمْ يَسْتَتْنِ مَالَهُ وَرَقٌّ إِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بَرَقَهُ أَوْ تَقَدَّمَ دَيْنٌ وَحَلَفَ وَاسْتَتْنَى بِالْمَالِ إِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِالْوَلَاءِ أَوْ اثْنَانِ أَتَاهُمَا لَمْ يَزَالَا يَسْمَعَانِ أَنَّهُ مَوْلَاهُ أَوْ وَارِثُهُ وَحَلَفَ وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ أَوْ أَقْرَأَ أَبَاهُ أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَجْزُ وَلَمْ يَقَوْمَ عَلَيْهِ وَإِنْ شَهِدَ عَلَى شَرِيكِهِ بِعَتَقِ نَصِيبِهِ فَتَنْصِيبُ الشَّاهِدِ حُرٌّ إِنْ أَيْسَرَ شَرِيكَهُ وَالْأَكْثَرُ عَلَى نَفْيِهِ كَعُسْرِهِ.

متن الخطاب

ص: وإن أعتق عبيدا في مرضه إلى قوله أقرع ش: انظر هذا مع قوله في التوضيح: قال في الوصايا: إن المدبرين في الصحة إذا تعاقبوا قدم الأول فالأول، وإلا/ فالمشهور أنه يعتق منهم بالحصص، وقيل يقرع بينهم. انتهى. إلا أن يقال ما في الصحة لا قرعة فيه، وقد صرح هنا في التوضيح بأن العتق في الصحة لا قرعة فيه فتأمل. والله أعلم. ص: أو أثلاثهم ش: يعني فيعتق من كل واحد ثلثه.

339

340

الحديث

باب التدبير تعليق مكلف رشيد وإن زوجة في زائد الثلث العتق بموته لا على وصية كان مت من مرضي أو سفري هذا أو حر بعد موتي ما لم يرده ولم يعلقه أو أنت حر بعد موتي بيوم بدبرتك وأنت مدبر أو حر عن دبر ميني ونفذ تدبير نصراني لمسلم وأوجر له وتناول الحمل معها كولد لمدبر من أمته بعده وصارت به أم ولد إن عتق وقدم الأب عليه في الضيق وللسيد نزغ ماله إن لم يمرض ورهنه وكتابتة لا إخراجة بغير حرية.

نص خليل

قال أبو الحسن في أول كتاب الوصايا: قال عبد الحق: لو قال أثلث رقيقي فلان فإن فلان ثلثهم بالقرعة بخلاف ما لو قال أثلث رقيقي أحرار؛ لأنه في الوصية يكون شريكا في كل واحد، ومن له شرك في رقيق جمع نصيبه في شيء بعينه عند ابن القاسم فليس كالعتق الذي لا بد أن يكون في جميعهم؛ إذ لا يستبد به بعضهم دون بعض، والوصية لهم واحدة. انتهى. وقال في المدونة: ومن قال عند موته أثلث رقيقي أو أنصافهم أحرار أو ثلث كل رأس أو نصف كل رأس أعتق من كل واحد منهم ما ذكر إن حمل ذلك ثلثه ولا يبدأ بعضهم على بعض. انتهى.

متن الخطاب

فرع: وإذا قال عبيدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فهل يعتق جميعهم، أو من سمى؟ انظر أحكام ابن سهل في الوصايا والمشذالي في الوصايا الأول.

341

ص: باب التدبير تعليق مكلف رشيد وإن زوجة في زائد الثلث العتق بموته لا على وصية ش: هذا نحو قول ابن الحاجب عتق معلق على الموت على غير وصية. قال ابن عرفة: رده ابن عبد السلام بأنه تعريف بالإضافيات، وذكروا أنه يجتنب في التعريفات لإجماله. ابن عرفة: ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافيات لا أعرفه حسبما تقرر في موضعه وليست الإضافة ملزمة للإجمال، ولذا وقعت في/ تعريفاتهم كثيرا كقول القاضي القياس حمل معلوم بإضافة حمل إلى معلوم وقولهم في التناقض هو اختلاف قضيتين، ولو اعترضه بالتركيب وهو وقف معرفة المرف على معرفة حقيقة أجنبية عنه ليست أعم ولا أخص كان صوابا. انتهى. يعني بالحقيقة الأخرى الوصية.

342

ص: وقدم الأب [عليه¹⁹⁹¹] في الضيق ش: هذا الذي مشى عليه المؤلف هو الذي استظهره ابن عبد السلام من عند نفسه بعد أن قال: إن المنقول خلافه، واختصر المصنف كلامه في التوضيح، ونصه: وإذا كان الابن بمنزلة أبيه فهل يحاص أباه عند ضيق الثلث على المشهور في المدبرين في كلمة واحدة خلافا لابن ناجي الذي يقول يعتق منهم محمل الثلث بالقرعة أو يكون الأب مقدما في الثلث لأنه تقدم تدبيره على تدبير ولده كالمدبرين أحدهما بعد الآخر. ابن عبد السلام: والثاني هو الظاهر، والأول هو المنقول في المدونة وغيرها. انتهى. فكلامه صريح في أن الذي استظهره خلاف المنقول، ونص المدونة ما ولدت المدبرة أو ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده بمنزلةتهما والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث ويعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قوله والمحاصة إلى آخره الشيخ لثلا يتوهم أنه يؤثر الآباء على الأبناء كما في الحبس وفي مسألة الحبس خلاف. انتهى.

الحديث

نص خليل

وَفُسِّخَ بَيْعُهُ إِنْ لَمْ يَعْتَقَ وَالْوَلَاءُ لَهُ كَالْمُكَاتَبِ وَإِنْ جَنَى فَإِنْ فَدَاهُ وَإِلَّا أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ تَقَاضِيًا وَحَاصَّهُ مَجْنِيًّا عَلَيْهِ ثَانِيًا وَرَجَعَ إِنْ وَفَى وَإِنْ عَتَقَ يَمُوتَ سَيِّدُهُ أَتْبَعَ بِالْبَاقِي أَوْ بَعْضُهُ بِحِصَّتِهِ وَخَيْرُ الْوَارِثِ فِي إِسْلَامٍ مَا رُقِيَ أَوْ فَكَّهُ وَقَوْمٌ بِمَالِهِ وَإِذَا لَمْ يَحْمِلِ الثَّلَاثُ إِلَّا بَعْضُهُ عَتَقَ وَيَقِي مَالَهُ بِيَدِهِ وَإِنْ كَانَ لِسَيِّدِهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ عَلَى حَاضِرٍ مِلِّيٍّ يَبِيعُ بِالنَّقْدِ وَإِنْ قَرُبَتْ غَيْبَتُهُ اسْتَوْفَى قَبْضَهُ وَإِلَّا يَبِيعُ فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ أَوْ أَيْسَرَ الْمَعْدُمُ بَعْدَ بَيْعِهِ عَتَقَ مِنْهُ حَيْثُ كَانَ وَأَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِسَنَةِ إِنْ كَانَ السَّيِّدُ مِلِّيًّا لَمْ يُوقَفْ فَإِنْ مَاتَ نُظِرَ فَإِنْ صَحَّ أَتْبَعَ بِالْخِدْمَةِ وَعَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِلَّا فَمِنْ الثَّلَاثِ وَلَمْ يَتَّبِعْ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مِلِّيٍّ يُوقَفَ خَرَجُ سَنَةٍ ثُمَّ يُعْطَى السَّيِّدُ مِمَّا وَقَفَ مَا خَدَّمَ نَظِيرَهُ.

متن الخطاب ص: وفسخ بيعه إن لم يعتق ش: أي فإن أعتقه المشتري فإن عتقه ينفذ، ولا يفسخ البيع ويكون الولاء للمشتري ويكون جميع الثمن سائغا للبائع ولا يرجع عليه المتباع بشيء، وقاله جميعه في المدونة.

فرع: قال أبو الحسن في كتاب التدبير من شرح المدونة: لو غاب المدبر يعني المبيع فعمي خبره قال أصبغ القياس عندي إذا استعفى أمره فأيس منه أن ينزل منزلة الموت كما تعتد امرأة المفقود عدة الميت دون الحي. قال ابن المواز: هذا غلط، وقد طلب عمر رضي الله عنه رد المدبرة التي باعت عائشة رضي الله عنها فلم يجدها فأخذ الثمن فجعله في جارية يدبرها، وقال ابن المواز عن ابن القاسم [يجعل¹⁹⁹²] ثمنه كله في مدبر. قال أصبغ: هذا استحسان. انتهى. انظر البيان في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب المدبر.

ص: وقوم بماله في الثلث ش: هذا هو المشهور في المذهب.

فرع: فإن دبره السيد في صحته واستثنى ماله بعد موته يعني بعد موت السيد جاز ذلك، / فإذا مات السيد قوم المدبر بدنه بغير ماله وبصير ماله من أموال السيد، وكذلك إذا دبره في مرضه واستثنى ماله، ومنع من ذلك ابن كنانة، وقال: ليس مما جاءت به السنة ويتبعه ماله. قاله في أول سماع ابن القاسم من كتاب المدبر.

ص: فإن لم يحمل إلا بعضه عتق وأقر ماله بيده ش: أي أقر ماله كله بيده، وقاله في المدونة، ونقله ابن عرفة وغيره وقوله في التوضيح أقر بيده نصف ماله سهو. والله أعلم.

ص: وأنت حر قبل موتي بسنة إلى آخره ش: هذه المسألة في رسم يوصي من سماع عيسى من ابن القاسم من كتاب العتق. قال ابن رشد فيها بعد ذكره قول ابن القاسم: قال الموثقون: وعلى قياس هذه الرواية أن من أراد أن يستخدم عبدا طول حياته ويكون حرا من رأس ماله بعد وفاته فيعتقه الآن قبل السبب الذي يكون منه وفاته بأجل يسميه وذلك لا يصح؛ إذ ليس للرجل بعد وفاته أكثر من ثلث ماله، والواجب إذا فعل ذلك أن يعجل عتقه باتفاق؛ لأن العتق قد حصل له بيقين؛ إما بقوله وإما بموته فلا يصح أن يمكن من اختداه بشك؛ إذ لا يدري لعله حر من الآن. انتهى. ونقله ابن عرفة وقبله.

الحديث

وَبَطَلَ التَّدْبِيرُ بِقَتْلِ سَيِّدِهِ عَمَدًا وَيَاسْتَفْرَاقِ الدِّينِ لَهُ وَلِلتَّرَكَةِ وَبَعْضُهُ بِمُجَاوِزَةِ الثَّلَاثِ وَلَهُ حُكْمُ الرِّقِّ وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ حَتَّى يَعْتَقَ فِيهَا وَجِدَ حَيَّنْذٍ وَأَنْتَ حَرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَمَوْتِ فُلَانٍ عَتَقَ مِنْ الثَّلَاثِ أَيْضًا وَلَا رُجُوعَ لَهُ وَإِنْ قَالَ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ بِشَهْرٍ فَمُعْتَقٌ لِأَجَلٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

باب نُدْبِ مَكَاتِبَةِ أَهْلِ التَّبَرُّعِ وَحَطِّ جُزْءٍ آخِرًا وَلَمْ يُجَبَّرِ الْعَبْدُ عَلَيْهَا وَالْمَأْخُودُ مِنْهَا الْجَبَرُ.

نص خليل

فرع: قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم: وإذا قال لعبده أنت حر قبل موتك بكذا وكذا فيعجل عتقه على مذهب ابن القاسم، ولا عتق له على مذهب أشهب. انتهى.

متن الحطاب

ص: وبطل التدبير بقتل سيده عمدا ش: قال ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم إن قتل المدبر سيده خطأ/ عتق في ماله ولم يعتق في دينه وكانت الدية عليه دينا ليس على العاقلة منها شيء؛ لأنه إنما صنعه وهو مملوك، وإن قتله عمدا قتل به فإن استحياه الورثة بطل تدبيره وكان رقا لهم. ابن رشد: قوله وتكون الدية عليه دينا صحيح على ما في المدونة وغيرها. قال أصبغ: في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات، وهذا إذا حملة الثلث، فإن لم يحمله عتق منه محمله وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه يؤخذ من ماله إن كان له مال، ويتبع به دينا إن لم يكن له، ولا يدخل فيما يؤخذ منه من الدية، ولا يعتق فيها منه شيء وقوله صحيح، وقوله إنه يبطل إن كان قتله عمدا هو على قياس ما [اجمعوا¹⁹⁹³] عليه من أن [القاتل¹⁹⁹⁴] عمدا لا يرث له ممن قتله. قال ابن عرفة: قلت: وقتل أم الولد سيدها عمدا. قال الشيخ في الموازية عن ابن القاسم: تعتق لأنه عتق لازم من رأس المال، وتقتل به إلا أن يعفو عنها، ولا تتبع بعقل في الخطأ بخلاف المدبر، وقال عبد الملك تتبع بمثله وعتقها من رأس المال. انتهى.

344

فرع: نقل الشيخ أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني في مسألة من أعتق عبده إن قدم أبوه أن من قال لعبده اعمل على هذه الدابة فإذا ماتت فأنت حر فإنه إن قتلها عمدا فإنه يعتق. قاله سحنون. قال كأم الولد تقتل سيدها عمدا فإنه لا يبطل ما جنت ما عقد عليها من العتق. انتهى.

ص: باب ندب مكاتبة أهل التبضع ش: يقال كتابة ومكاتبة وكتاب. قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ وهي مشتقة من الأجل المضروب لنجومها فإن الكتابة هي الأجل؛ قال عز من قائل: ﴿وَلَهَا كِتَابٌ مَعْلُومٌ﴾ أي أجل مقدر، ومنه قيل كاتب عبده أي وأجله على ذلك، وحدها في الشرع قال في التوضيح: عتق الرجل عبده على مال يؤديه منجما. انتهى. [وكذا¹⁹⁹⁵] قال ابن عرفة هي عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه فيخرج ما على مال معجل، ولذا قال فيها: لا تجوز كتابة أم الولد، ويجوز عتقها على مال، ويخرج عتق العبد على مال منجم على أجنبي. انتهى. وقول المؤلف: "ندب" يشير به إلى أن حكم الكتابة الندب. قال في التوضيح: وهو مذهب المدونة. قال ابن عرفة: وهو المعروف ومقابله قول بالإباحة

الحدیث

1993 * - في المطبوع اجتمعوا وما بين المعقوفين من يحيى 492 وما يابى 241.

1994 - في المطبوع القتل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 344 ويحيى ص 149 وم ص 109 ويم ص 125

وما يابى 241.

1995 * - في المطبوع كذا وما بين المعقوفين من يحيى 492 ويم 146 وم 110.

بِكَاتِبَتُكَ وَنَحْوَهُ بِكَذَا.

نص خليل

متن الخطاب

في المذهب [وهو¹⁹⁹⁶] الذي رواه ابن القصار، وقاله مطرف، وحكاه ابن الجلاب عن مالك. قال ابن عرفة: قال اللخمي: قال مالك في الموطأ: سمعت بعض أهل العلم إذا سئل عن ذلك يتلو ﴿ وإذا حللتهم فاصطادوا ﴾ ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض ﴾ فجعلها على الإباحة انتهى وقال أهل الظاهر بوجوبها للأمر بها في قوله تعالى: ﴿ فكاتبواهم إن علمتم فيهم خيرا ﴾ قال في التوضيح: واختلف في الخير المذكور في الآية هل هو المال، أو القدرة على الكسب، أو الصلاح أو الدين أو الأمانة إلى غير ذلك من الأقوال؟ والمنقول عن مالك في الموازية أنه القوة على الأداء. انتهى.

وفصل اللخمي في حكمها فقال على ما نقل عنه ابن عرفة: إن كان العبد لا يعرف بسوء وسعايته من المباح وقدر الكتابة ليس بأكثر من خراجه بكثير/ فهي مندوب إليها، وإن كان قدر الكتابة أكثر منه بكثير فمباحة، وإن عرف بالسوء والإذابة فمكروهة، [و¹⁹⁹⁷] إن كانت سعايته من حرام فهي محرمة. انتهى. وقوله: "أهل [التبرع]"¹⁹⁹⁸ هو فاعل المصدر، وهذا هو الركن الأول من أركانها فإن لها أربعة أركان المكاتب والمكاتب والصيغة والعوض، فالأول قال المؤلف: "هم أهل التبرع" فخرج الصبي والمجنون والسفيه المحجور عليه ويرد عليه العبد المكاتب فإنه ليس من أهل التبرع، وتصح كتابته على وجه النظر كما سيأتي، والمرضى والمرأة فيما زاد على الثلث إذا لم يحاييا. والله أعلم. ص: بكَاتِبَتُكَ وَنَحْوَهُ بِكَذَا ش: هذا هو الركن الثاني، وهو الصيغة.

قال في الباب: هو لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على العتق على مال منجم. انتهى. وقال ابن الحاجب: الصيغة مثل كاتبتك على كذا في نجم أو نجمين فصاعدا. قال في التوضيح: قوله مثل كاتبتك؛ يعني وأنت مكاتب أو معتق على نجمين. ثم قال: وظاهر قول المصنف: "في نجم أو نجمين" أنه لا فرق بين ما قل من النجوم أو أكثر، وهكذا ذكر ابن شعبان قال: ومن أصحابنا من يختار جعلها في نجمين. انتهى. ونحوه في الذخيرة وابن شاس وابن جزى، ونقل الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة قولاً باشتراط كونها في نجمين. انتهى.

تنبيه: قال في المقدمات: مذهب الشافعي أن المكاتب لا يعتق وإن أدى جميع الكتابة، إلا أن يشترط ذلك لنفسه في عقد الكتابة وعند مالك وأبي حنيفة وأصحابهما وجمهور أهل العلم أن المكاتب يعتق إذا أدى جميع الكتابة وإن لم يشترط ذلك، ولا يضره أن لا يقول له مولاه إذا أديت إلي جميع كاتبتك فأنت حر؛ لأن ذلك مفهوم من فعلهما وقصدهما وإن لم يذكره. انتهى. وقال ابن جزى: لأن لفظ الكتابة يتضمن الحرية. انتهى. وقال في الذخيرة: قال الشافعي: لفظ كاتبتك ليس صريحا فلا يعتق بالأداء إلا أن يقول نويت إن أدى فهو حر لدوران الكتابة بين المخارجة والكتابة بالقلم، فلا

الحديث

1996 - في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من ن ذى ص 344 ويحيى ص 150 وم ص 110 ويم ص 125 وما يابى 241.

1997 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 345 ويحيى ص 150 وم ص 110 ويم ص 125 وما يابى 241.

1998 * - في المطبوع تبرع وما بين المعقوفين من يحيى 493.

نص خليل

وَوَظَاهِرُهَا اشْتِرَاطُ التَّنْجِيمِ وَصَحِّحَ خِلَافُهُ وَجَازَ بَعَرَرُ كَاتِبِ وَجَنِينَ وَعَبْدِ فُلَانٍ لَا لَوْلُو لَمْ يُوصَفْ أَوْ كَخَمَرٍ وَرُجْعٍ لِكِتَابَةِ مِثْلِهِ وَفَسَخَ مَا عَلَيْهِ فِي مُؤَخَّرٍ أَوْ كَذَهَبٍ عَنْ وَرَقٍ وَعَكْسِهِ وَمُكَاتَبَةٍ وَلِي مَا لِمَحْجُورَةٍ بِالصَّلَاحَةِ وَمُكَاتَبَةٍ أَمَةٍ وَصَغِيرٍ وَإِنْ بَلَ مَالٍ وَكَسْبٍ وَبَيْعٍ كِتَابَةٍ أَوْ جُزْءٍ لَا نَجْمَ فَإِنْ وَفَى فَالْوَلَاءُ لِأَوَّلٍ وَإِلَّا رُقٌّ لِلْمُشْتَرِي وَإِقْرَارُ مَرِيضٍ بِقَبْضِهَا إِنْ وَرِثَ غَيْرَ كِلَالَةٍ وَمُكَاتَبَتُهُ بَلَا مُحَابَاةٍ وَإِلَّا فَبِي ثَلَاثِهِ وَمُكَاتَبَةُ جَمَاعَةٍ لِمَالِكٍ فَتَوَزَّعَ عَلَى قُوَّتِهِمْ عَلَى الْأَدَاءِ يَوْمَ الْعَقْدِ وَهُمْ وَإِنْ زَمِنَ أَحَدُهُمْ حُمَلَاءُ مُطْلَقًا فَيُؤْخَذُ مِنَ الْمَلِيءِ الْجَمِيعِ وَيَرْجَعُ إِنْ لَمْ يَعْتَقِ عَلَى الدَّافِعِ وَلَمْ يَكُنْ زَوْجًا وَلَا يَسْقُطُ عَنْهُمْ شَيْءٌ بِمَوْتِ وَاحِدٍ وَلِلسَّيِّدِ عِتْقُ قَوِي مِنْهُمْ إِنْ رَضِيَ الْجَمِيعُ وَقَوُوا فَإِنْ رُدُّوا ثُمَّ عَجَزُوا صَحَّ عِتْقُهُ وَالْخِيَارُ فِيهَا وَمُكَاتَبَةُ شَرِيكَيْنِ بِمَالٍ وَاحِدٍ لَا أَحَدُهُمَا أَوْ بِمَالَيْنِ أَوْ بِمُتَّحِدٍ بِعَقْدَيْنِ فَيُفَسَخُ وَرَضَا أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الْآخَرِ وَرَجَعَ لِعَجَزِ بِحِصَّتِهِ كَانَ قَاطِعُهُ بِأَذْنِهِ مِنْ عَشْرِينَ عَلَى عَشْرَةٍ فَإِنْ عَجَزَ خَيْرُ الْمُقَاتِعِ بَيْنَ رَدِّ مَا فَضَّلَ بِهِ شَرِيكَهُ وَبَيْنَ إِسْلَامِ حِصَّتِهِ رَقًا وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْآذِنِ وَإِنْ قَبِضَ الْأَكْثَرُ فَإِنْ مَاتَ أَخَذَ الْآذِنُ مَالَهُ بَلَا نَقْصٍ إِنْ تَرَكَهُ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ وَعِتْقُ أَحَدِهِمَا وَضَعُ لِمَا لَهُ إِلَّا إِنْ قَصَدَ الْعِتْقُ كَانَ فَعَلْتَ فَيَنْصُفُكَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ ثُمَّ فَعَلَ وَضَعَ النِّصْفَ وَرُقٌّ كُلُّهُ إِنْ عَجَزَ وَلِلْمُكَاتَبِ بَلَا إِذْنِ بَيْعٍ وَاشْتِرَاءٍ وَمُشَارَكَةٍ وَمُقَارَضَةٍ وَمُكَاتَبَةٍ وَاسْتِخْلَافٍ عَاقِدٍ لِأَمَتِهِ وَإِسْلَامُهَا أَوْ فِدَاؤُهَا إِنْ جَنَّتْ بِالنَّظَرِ وَسَفَرٌ لَا يَحِلُّ فِيهِ نَجْمٌ وَإِقْرَارٌ فِي رَقَبَتِهِ وَإِسْقَاطُ شُفْعَتِهِ لَا عِتْقٌ وَإِنْ قَرِيبًا وَهَبَةً وَصَدَقَةً.

متن الحطاب ينصرف لأحدهما إلا بالنية، ووافقنا أبو حنيفة، والجواب أنه مشتهر في [العرف¹⁹⁹⁹] في الكتابة المخصوصة فينصرف إليه من غير نية. انتهى. فالحاصل من هذه النصوص المتقدمة أن الكتابة تكون باللفظ أو ما يقوم مقامه، وأنه لا يشترط أن يقول له مولاه إذا أديت فأنت حر، وأن التنجيم المشروط عند من يقول به يكفي فيه أن يكون في نجم واحد. والله أعلم.

ص: وظاهرها اشتراط التنجيم وصحح خلافه ش: ظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب وغيرهما/ أن 346

الكتابة الحالة لا تصح على ظاهر المدونة. وقال ابن عرفة: قول الشيخ -يعني في الرسالة- وغيره لا يدل على منعها حالة، بل على عدم صدق لفظ الكتابة عليها فقط فتأمل. انتهى. وقال في المقدمات: / 347

والكتابة جائزة على ما تراضى عليه العبد والسيد من قليل وكثير وتجاوز على مذهب مالك حالة ومؤجلة فإن وقعت مسكوتا عليها نجمت لأن العرف التنجيم. هذا قول متأخري أصحابنا، وقال ابن أبي زيد في رسالته: "والكتابة جائزة على ما رضى العبد وسيد من المال منجما فظاهر قوله أن الكتابة لا تكون إلا منجمة وليس ذلك بصحيح على مذهب مالك. انتهى. والكتابة الحالة تسمى بالقطاعة. قاله ابن راشد في الباب، ونصه:

قال الأستاذ أبو بكر: وظاهر قول مالك أن التأجيل شرط في الكتابة قال وعلمائنا النظارة يجيزون الكتابة الحالة ويسمونها القطاعة. انتهى. وتطلق القطاعة أيضا على ما يفسخ السيد فيه كتابة العبد. قال في التنبهات: والقطاعة بفتح القاف وكسرهما أيضا هي مقاطعة السيد عبده المكاتب على مال

الحديث

نص خليل

وَتَزْوِيجٌ وَإِقْرَارٌ بِجِنَايَةِ حَطِّهِ وَسَفَرٌ بَعْدَ إِلَّا بِإِذْنٍ وَلَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ إِنْ اتَّفَقَا وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ فَيُرْقَ وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ.

متن الخطاب يتعجله من ذلك وأخذ العوض منه معجلاً أو مؤجلاً، [وكانها من قطع²⁰⁰⁰] طلبه عنه بما أعطاه [والقطع²⁰⁰¹] له بتمام حرته بذلك أو قطع بعض ما كان له عنده من جملته، وهذا جائز عند مالك وابن القاسم بكل ما كان وبما لا يجوز بين رب المال وغريمه عجل العتق لقبض جميعه أو أخره لتأخير بعضه عجل قبض ما قاطع عليه أو أخره وسحنون لا يجيزها إلا بما يجوز بين الأجنبي وغريمه. انتهى. وقال في الذخيرة: الفعالة بالفتح للسجيا الخلقية كالشجاعة وبكسرها للصنائع كالتجارة والخيطة وبضمها لما يطرح كالنخالة والزبالة، وهذه الاستعمالات أكثرية غير مطردة، والقطاعة هي بيع الكتابة بشيء آخر فهي نوع من التجارة والصناعة فالكسر فيها أنسب. انتهى. تنبيه: وعلى القول باشتراط التنجيم وهو التأجيل فيكفي أن يجعل الكتابة كلها في نجم واحد كما تقدم، وقوله: "وصحح خلافه" قال الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة: وهو المشهور. انتهى. والله أعلم.

ص: وتزويج ش: يعني أنه ليس للمكاتب أن يتزوج قال في كتاب المكاتب منها: وليس للمكاتب أن يتزوج وإن رآه من وجه النظر أو يسافر إلا بإذن سيده اشترط ذلك السيد عليه أم لا إلا ما قرب من السفر مما لا ضرر فيه لحلول نجم أو غيره فذلك له. انتهى. قاله ابن الحاجب ويتزوج بإذنه. قال في التوضيح: ظاهره أنه لا يفتقر لإذن غيره وهو مقيد بما إذا لم يكن/ معه غيره أشهب وإن كان معه في الكتابة غيره فليس لسيدة إجازة نكاحه إلا بإجازة من معه إلا أن يكونوا صغاراً فيفسخ على كل حال ويترك لها إن دخل ثلاثة دراهم ولا تتبعه إن عتق بما بقي. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: إن تزوج بغير إذن سيده فأجازه جاز وإن رده فسخ ولها ثلاثة دراهم. انتهى. وهذا في الذكر وأما الأنثى فيتخرج ذلك على أنه هل له الجبر أم لا؟ فرع: قال في المدونة: ولو شرط عليه السيد أنه إن نكح أو سافر بغير إذنه فمحو كتابته بيده لم يكن له محوها إن فعل المكاتب شيئاً من ذلك وليرفع ذلك إلى السلطان. قال ربيعة: للسيد فسخ الكتابة في بعيد السفر بحكم الإمام وإن نكح فرق بينهما وانتزع ما أعطى. انتهى.

ص: وسفر بعد إلا بإذن ش: قال اللخمي: اختلف في سفر المكاتب بغير إذن سيده فمنعه مالك وقال: قد تحل نجومه وهو غائب، وأجازه ابن القاسم إذا كان قريباً قال: ولم يكن فيه كبير مؤنة فيما يغيب [عن²⁰⁰²] سيده إذا حلت نجومه، واختار هو المنع منه إن كان صانعاً أو تاجراً قبل الكتابة؛ لأن القصد سعائته في الحاضرة إلا أن تبور صناعته الجارية فله السفر بحميل بالأقل مما بقي عليه من الكتابة أو من قيمته، وإن كان شأنه السفر ومنه سعائته لم يكن له منعه ولا عليه أن يأتي

الحديث

2000 - في المطبوع وكأنه ما انقطع (ويحيى ص150 وكأنه من قطع) وما بين المعقوفين من ن عدود ص347 وم ص110 ويم ص126 ومايأبى242.

2001 - في المطبوع وانقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص347 ويحيى ص150 وم ص110 ويم ص126 ومايأبى242.

2002 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن ذي ص348 ويحيى ص151 وم ص110 ويم ص126 ومايأبى243.

نص خليل

كَأَن عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ أَوْ غَابَ عِنْدَ الْمَحِلِّ وَلَا مَالَ لَهُ وَفَسَخَ الْحَاكِمُ وَتَلَوَّمَ لِمَنْ يَرْجُوهُ كَالْقَطَاعَةِ وَلَوْ شَرَطَ خِلَافَهُ وَقَبَضَ إِنْ غَابَ سَيِّدُهُ وَإِنْ قَبَلَ مَحِلُّهَا وَفُسِخَتْ إِنْ مَاتَ وَإِنْ عَنِ مَالٍ إِلَّا لِوَلَدٍ أَوْ غَيْرِهِ دَخَلَ مَعَهُ بِشَرَطٍ أَوْ غَيْرِهِ فَتَوَدَّى حَالَهُ وَوَرِثَهُ مَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَقَطَّ يَمْنَنٌ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَقَوِيٍّ وَلَدُهُ عَلَى السَّعْيِ سَعَوْا وَتَرَكَ مَتْرُوكُهُ لِلْوَلَدِ إِنْ أَمِنَ كَأَمٍّ وَلَدِهِ وَإِنْ وَجَدَ الْعَوَضَ مَعِيًّا أَوْ اسْتَحَقَّ مَوْصُوفًا كَمُعِينٍ وَإِنْ بِشُبْهَةٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ وَمَضَتْ كِتَابَةُ كَافِرٍ لِمُسْلِمٍ وَبِيعَتْ كَأَن أَسْلَمَ وَبِيعَ مَعَهُ مَنْ فِي عَقْدِهِ وَكَفَرَ بِالصَّوْمِ وَاشْتَرَا طَوَّءَ الْمُكَاتِبَةِ وَاسْتَيْثَنَاءَ حَمِلَهَا أَوْ مَا يُؤَلَّدُ لَهَا وَمَا يُؤَلَّدُ لِمُكَاتِبٍ مِنْ أُمْتِهِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ.

متن الخطاب

بحميل، وإن كان النجم يحل قبل رجوعه منع منه وإن كان يعود قبل ذلك وكانت هناك تهمة أنه يبعد أو يتأخر منع إلا أن يأتي بحميل. انتهى. ونقله ابن عرفة، وقال بعده: قلت: الحمالة خلاف المذهب. انتهى.

ص: فإن عجز عن شيء أو غاب عند المحل ولا مال له ففسخ الحاكم ش: أي فسخ الحاكم الكتابة وعاد العبد لما كان عليه قبل الكتابة من رق أو تدبير أو غير ذلك فهو أحسن من قول ابن الحاجب رق. والله أعلم.

ص: وفسخت إن مات وإن عن [مال²⁰⁰³] ش: /

349

قال في المدونة: وإذا أدى المكاتب كتابته في مرضه جازت وصيته في ثلث ما بقي من ماله فإن مات [قبل²⁰⁰⁴] دفعها أو أمر بدفعها فلم تصل إلى السيد حتى مات وأوصى بوصايا فلا وصية له. انتهى. قال ابن يونس: قيل لأبي عمران فلو بعث كتابته في مرضه إلى سيده فلم يقبلها السيد حين وصولها إليه هل يكون حرا وورثته ورثته؟ فقال: لا حتى يقضى عليه بذلك، إلا أن تكون بموضع لا حاكم فيه فليشهد عليه فيكون ذلك كالحكم. انتهى.

ص: وإن وجد العوض معيبا أو استحق [موصوفا²⁰⁰⁵] كمعين وإن بشبهة له إن لم يكن له مال ش: هكذا في كثير من النسخ وهي مشكلة؛ لأنه لا وجه لها إلا أن تكون معطوفة على إن في قوله: وفسخت إن مات وذلك يقتضي أن الكتابة تنفسخ إذا وجد العوض معيبا أو استحق، ونصوص المذهب صريحة بخلاف ذلك كما بينه ابن مرزوق فيما نقله عنه ابن غازي، وأما قول ابن غازي أنه يتمشى على أن المعنى وفسخت العتاقة ولا يكون حينئذ مخالفا للمذهب لولا ما عارضه من كلام ابن رشد في استحقات العبد الموصوف فليس بظاهر؛ لأنه يقتضي أنه إذا وجد العوض معيبا تفسخ العتاقة، وهو مخالف لنص المدونة وغيرها كما سيأتي ويوجد في بعض النسخ، وإن وجد العوض معيبا فمثله أو

الحديث

2003 - في المطبوع وما يابى 243 ولد (ويحيى ص 151 وإن على ولد) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 وم 111 ويم ص 126.

2004 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويحيى ص 151 وم 111 ويم ص 147 وما يابى 243.

2005 - في المطبوع وما يابى 243 موصوف ويحيى ص 151 وم 111 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويم ص 126.

متن الخطاب استحق [موصوف²⁰⁰⁶] بقيمته كمعين [إن²⁰⁰⁷] بشبهة، وإن لم يكن له مال اتبع به ديناً. قال ابن مرزوق: وهذا الكلام أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل، إلا أن قوله في المستحق إذا كان موصوفاً يرجع فيه بالقيمة ليس كذلك إنما يرجع فيه بالمثل. انتهى. وقبله ابن غازي، وليس بظاهر كما سيأتي من كلام ابن رشد الذي نقل ابن غازي بعضه، ولا شك أن هذه النسخة أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل فلنشرحها ونبين موافقتها للنقل، فقوله وإن وجد العوض معيباً فمثله؛ يعني أنه إذا قبض السيد من المكاتب العوض؛ يعني الكتابة يريد أو بعضها فوجد ما قبضه أو بعضه معيباً فله رده والرجوع بمثله.

350 قال في التوضيح: وأصله لابن عبد السلام؛ لأن الكتابة إنما تكون/ بغير معين والأعواض غير المعينة إذا اطلع فيها على عيب قضى بمثلها. انتهى. يريد ولا يرد العتق ولو كان عديماً. قال في أول كتاب المكاتب من المدونة: وإن كاتبه على عبد موصوف فعتق بأدائه ثم ألفاه السيد معيباً فله رده ويتبعه بمثله إن قدر وإلا كان عليه ديناً ولا يرد العتق قال أبو الحسن: معنى المسألة أنه كاتبه على عبد مضمون ولو كان معيناً لرجع بقيمته كالنكاح على عبد بعينه والخلع على عبد بعينه. انتهى. وقوله أو استحق موصوف بقيمته كمعين يعني به إذا استحق ما قبضه السيد من كتابة عبده أو قطاعته إذ لا فرق بينهما كما قاله في التوضيح، وصرح به اللخمي كما سيأتي وكان موصوفاً فإنه يرجع عليه بقيمة ذلك الشيء الموصوف كما يرجع عليه إذا استحق وكان معيناً [بقيمته²⁰⁰⁸] أما المعين فلا إشكال أنه يرجع عليه بقيمته.

وأما الموصوف فتبع في ذلك ما قاله ابن رشد في أول سماع أشهب، ونصه: ولا اختلاف إذا قاطع سيده على عبد موصوف واستحق من يده أنه يرجع عليه بقيمته ولا يرده في الكتابة. انتهى. وقوله: "وإن بشبهة: شرط في مضي [العتق²⁰⁰⁹] والرجوع بالقيمة في استحقاق الموصوف [والمعين²⁰¹⁰]" ويعني به [أن²⁰¹¹] ما ذكره من أن المكاتب إذا دفع لسيده شيئاً ثم استحق أنه يرجع عليه بقيمته إنما هو إذا كان له فيه شبهة، ومفهوم الشرط أنه إذا لم يكن له في العوض المستحق شبهة فإن عتقه لا يمضي ويعود العبد مكاتباً. قال في البيان إثر كلامه السابق: وأما إذا قاطع سيده على شيء بعينه ولا شبهة له في ملكه غر به مولاه كالحلي يستودعه والثياب يستودعها وما أشبه ذلك فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، ويرجع في الكتابة على ما كان عليه حتى يؤدي قيمة ما قاطع به. انتهى.

2006 - في المطبوع ويحيى ص 151 ويم ص 126 موصوفاً وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 وم ص 111 وما يابى 243.

2007 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 وما يابى 243 (ويحيى ص 151 وإن بشبهة) وم ص 111.

2008 - في المطبوع بقيمتها وما بين المعقوفين من يم 147 وم 111 وما يابى 244 ويحيى 494 وسيد 46.

2009 - في المطبوع العقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى ص 151 وم ص 111 ويم ص 126 وما يابى 244.

2010 - في المطبوع المعين وما بين المعقوفين من يم 174 وم 111 وما يابى 244 وسيد 46.

2011 - * ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يم 147 وم 111 وما يابى 244 وسيد 46 ويحيى 494.

متن الخطاب وقوله: "وإن لم يكن له مال اتبع به ديناً" فيعني به أنه إذا لم يكن للمكاتب الذي [دفع المعيب²⁰¹²] والمستحق الذي له فيه شبهة مال فإنه يتبع بالمثل والقيمة ديناً في ذمته ولا تعود مكاتبته. قال في المدونة: قال ابن القاسم وغيره إن [غر²⁰¹³] سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رد عتقه وإن تقدمت له فيه شبهة ملك مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك ديناً. انتهى. قوله: "رد عتقه" قال ابن يونس: يريد ويرجع مكاتباً. انتهى. وقال في البيان في السماع المذكور: يتحصل في المكاتب يقاطع سيده من كتابته على شيء يعينه له فيه شبهة ثلاثة أقوال: أحدها أنه يرجع في الكتابة حتى يؤدي إلى سيده قيمة ذلك مليئاً كان أو معدماً، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في الذي يؤدي كتابته من أموال غرمائه، والثاني أنه لا يرجع في الكتابة إلا أن يكون معدماً، وهو قول ابن نافع في المدونة، والثالث أنه لا يرجع في الكتابة مليئاً كان أو معدماً ويتبع بذلك إن كان معدماً في ذمته وهو حر بالقطاعة، وهو قول أشهب في المدونة. انتهى.

قلت: وهو الذي يفهم من كلام ابن القاسم الذي نقلناه عن المدونة، وأما مسألة الغرماء فسيأتي أنها بمنزلة ما لا شبهة له فيه، وقال في المدونة: قال أشهب وابن نافع عن مالك في مكاتب قاطع سيده فيما بقي له عليه على عبد دفعه إليه فاعترف مسروقاً فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد. قال ابن نافع: هذا إذا كان له مال فإن لم يكن له مال عاد مكاتباً، وقال أشهب لا يرد عتقه إذا تمت حرية ويترك بذلك قالاً عن مالك: وإن قاطعه على وديعة أودعت عنده فاعترفت رد عتقه. انتهى. تنبيه: قال في المدونة: وإن أدى كتابته وعليه دين فأراد غرماًؤه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه، فإن علم أن ما دفع من أموالهم فلهم أخذه ويرجع رقا، وإن لم يعلم ذلك مضى عتقه. قال ابن يونس: قوله: "ويرجع رقا" يريد مكاتباً، وهذا من قوله يدل على أنه [إن²⁰¹⁴] دفع إلى سيده شيئاً تقدمت له فيه شبهة ملك أنه يرد عتقه ويرجع مكاتباً خلاف ماله بعد هذا. انتهى. يشير إلى كلام المدونة السابق.

قال الشيخ أبو الحسن الصغير: فجعل ابن يونس ما تقدم لهذا العبد من ملكه لهذا الذي دفع إلى السيد شبهة وإن كان أموال غرمائه، وجعله اللخمي ليس بشبهة لتسلط الغرماء على ذلك، فحمله ابن يونس على الخلاف، وحمله اللخمي على الوفاق. انتهى. ونص ما في تبصرة اللخمي: قال الشيخ: إذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب أو عن المقاطعة، فإن كان المكاتب موسراً غرم مثل ما أخذ من السيد ومضى عتقه، وسواء كان له فيه شبهة أم لا، وإن كان معسراً افترق الجواب، فإن لم يكن له في ذلك شبهة وإنما قضى من أموال الغرماء أو من وديعة ولا شيء له [رد²⁰¹⁵] في الكتابة إن كان يرجي له مال، وإن كان لا يرجي رد في الرق وسقطت الكتابة، وإن كان له في ذلك

351

الحديث

2012 - في المطبوع دفع إلا المعيب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى ص 151 وم ص 111 ويم ص 148

وما يابى 244.

2013 - في المطبوع غره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى ص 151 وم ص 111 ويم ص 127

وما يابى 244.

2014 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يم 147 وسيد 46 ويحيى 495 وما يابى 244 وم 111.

2015 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 ويحيى ص 152 وم ص 111 ويم ص 127

وما يابى 245.

متن الخطاب
شبهة اتبع بذلك في ذمته ولم يرد، وقاله ابن القاسم، ويحمل ذلك على أن السيد أعتقه عندما دفع ذلك إليه فلا يرد عتقه، وإن لم يعتقه وإنما أخذ منه المال وتشاهدا أنه لا ملك له عليه لدفع المال، وأنه قد استحق الحرية بالخروج عن ملك سيده بذلك كان له أن يرد إلى الكتابة أو في الرق إذا كان لا يرجي له مال إلا أن يكون الاستحقاق بعد أن طال أمره وجازت شهادته وورث الأحرار فيستحسن أن لا يرد. انتهى.

وقال الرجراجي: إذا قاطعه سيده على مال ثم استحق فتحصيله إن كان المكاتب موسرا غرم للسيد مثل ما أخذ منه أو قيمته إن كان مما يرجع إلى القيمة ومضى عتقه، وسواء تقدمت [له²⁰¹⁶] فيه شبهة ملك أم لا، ولا خلاف في ذلك، وإن كان معسرا ففي ذلك أربعة أقوال: أحدها أن عتقه مردود جملة، وهو قول مالك في أول الباب إذا علم أن ذلك من أموالهم، والثاني أن عتقه ماض ولا يرد ويتبعه، وهو قول مالك وأشهب في الكتاب، والثالث التفصيل بين ما تقدمت [له²⁰¹⁷] فيه شبهة ملك فيمضي عتقه ويتبع بقيمة ذلك وما لم يتقدم له فيه شبهة فيرد السيد عتقه فيه، وهو قول الرواة في المدونة، وهو ظاهر قول أشهب في المكاتب يقاطع على وديعة، والقول الرابع بالتفصيل بين أن يطول الزمان أو يقصر، فيمضي عتقه مع الطول، ويرد مع القرب، وعلى القول برد عتقه هل يرد إلى الرق أو إلى الحرية؟ المذهب على ثلاثة أقوال كلها مستقرة من المدونة: أحدها أنه يرد إلى الرق لا إلى الكتابة، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتابة، والثاني أنه يرد إلى كتابته وهو قول الرواة، والثالث التفصيل بين أن يرجي له مال فيرد إلى الكتابة أو لا يرجي له مال فيرد إلى الرق، وهو اختيار اللخمي. انتهى.

تنبيه: قال ابن يونس: اختلف في معنى قوله في المدونة فإن علم أن ما دفعه من أموالهم هل يريد أموالهم بعينها أو دفع وقد استغرق الدين ما كان بيده؟ والذي أرى أنه إن دفع وهو مستغرق الذمة فلهم رده، وإن لم تكن أعيان أموالهم لأنها أموالهم أو ما تولد عنها وكما لهم منع الحر من العتق والصدقة إذا كان مستغرق الذمة فكذلك لهم منع هذا من أن يعتق نفسه بهذا، وقد قال مالك بعد هذا: إذا كان المكاتب مديانا فليس له أن يقاطع سيده ويبقى لا شيء له؛ لأن غرماءه أحق بماله من سيده فإن فعل لم يجز، وكذلك أداؤه جميع كتابته، ولا فرق بين أعيان أموالهم وأثمان ذلك وما اعتاض المكاتب منها أن ذلك كأعيان أموالهم والغرماء أحق به. انتهى. وقوله: وإن لم يعلم أن ما دفعه إلى السيد من أموالهم هو ما دفع مما أفاده من عمل يده أو أرش خواجه أو دفعه مما بيده وليس بمستغرق الذمة وفيما بقي بيده وفاء لدينه، وإن أشكل ذلك قال بعض علمائنا لا سبيل إلى نقض العتق، فإن اعترف السيد بذلك فالقياس أن ينفذ العتق ويرد على الغرماء ما قبض لإقراره أنهم أولى به منه. انتهى. فتحصل من هذا أنه إذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب عن كتابته أو عن قطاعته

2016 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ز ص 351 يحيى 495 مك 112 يم 148.

2017 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 ويحيى ص 152 وم ص 111 ويم ص 127.

نص خليل وَقَلِيلِ كَخِدْمَةٍ إِنْ وَفَى لَغَوٌّ وَإِنْ عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ أَوْ عَنْ أَرْضٍ جِنَائَةٍ وَإِنْ عَلَى سَيِّدِهِ.

متن الخطاب 352 فإنه إن كان موسرا أخذ منه مثل الذي استحق إن كان من ذوات [الأمثال²⁰¹⁸] وقيمته إن كان من ذوات القيم، سواء كان موصوفاً أو معيناً كما صرح به ابن رشد، وهو الذي يؤخذ من كلام الرجراجي وغيره خلافاً لما قال ابن مرزوق الموصوف²⁰¹⁹ يرجع فيه للمثل. والله أعلم. ولا يرد/ العتق، سواء كان له فيما دفعه شبهة أو لم يكن كما صرح به اللخمي والرجراجي خلاف ما قال ابن رشد في السماع المتقدم عن ابن القاسم فيما إذا كاتبه بما له فيه شبهة ثم استحق أنه يرجع إلى الكتابة مليئاً كان أو معدماً وهو غير ظاهر، بل ظاهر المدونة أنه إذا كانت له فيه شبهة أنه لا يرد إلى الكتابة، وأما إذا لم يكن له فيه شبهة فظاهر كلام ابن رشد أو بصريحه أنه يرجع إلى الكتابة بلا خلاف ولو كان موسراً، وهو ظاهر المدونة خلاف ما يفهم من كلام الرجراجي واللخمي، وأما إن كان معسراً فلا يخلو إما أن يكون له شبهة فيه أم لا، فإن لم تكن [له فيه²⁰²⁰] شبهة فالذي عليه أكثر الرواة أنه يرجع إلى الكتابة.

وقد قال ابن رشد في السماع المذكور: لا خلاف في ذلك، لكن نقل الرجراجي في ذلك خلافاً وهو بعيد، ولا يرجع إلى الرق إلا على القول الذي ذكره الرجراجي آخره وهو بعيد أيضاً، وأما تفصيل اللخمي بين من يرجى له مال أو لا فلا ينبغي أن يعد خلافاً؛ لأن من لا يرجى له مال إذا رددناه للكتابة وعجز عنها رجع رقيقاً. والله أعلم. وأما إن كانت له فيه شبهة فاختلف في ذلك فالذي عليه أكثر الرواة أنه يتبع بذلك في ذمته ولا يعود إلى الكتابة، وقال ابن نافع يعود إلى الكتابة، وذكر الرجراجي قولاً بأنه يعود رقيقاً وهو بعيد، وما دفعه من أموال الغرماء فجعله في المدونة مما لا شبهة له فيه وهو ظاهر. والله أعلم.

تنبية: إن قيل لم قلتم إذا استحق ما قاطع به المكاتب يرجع بقيمته ولم تقولوا يرجع ببقية الكتابة التي قاطع عليها كمن أخذ من دينه عرضاً ثم استحق أنه يرجع بدينه؟ قيل الكتابة ليست بدين ثابت؛ لأنها تارة تصح، وتارة لا تصح فأشبهت ما لا عوض له معلوم من نكاح أو خلع بعوض يستحق فإنه يرجع بقيمته.

ص: وقليل كخدمة لغوش: تصويره واضح.

فرع: لو شرط على مكاتبه أنه إذا شرب خمراً عاد رقيقاً ففعل فليس له رده. قاله في النكت، ونقل هذا الفرع في التوضيح، وسقط من بعض نسخه لفظة: "ليس" ففسد الكلام، وكأنه وقع في نسخة الشارح كذلك قال في الكبير: إنه إذا فعل العبد ذلك رجع رقيقاً، وكذا في الشامل، وتبعه البساطي، وقد نقلت لفظ النكت في حاشية الشامل فتأمله. والله أعلم.

الحديث

2018 - في المطبوع الأموال وم ص112 وما بين المعقوفين من ن عدود ص351 ويحيى ص152 ويم ص148 ومايبي246.

2019 * - في يم148 وم112 وسيد46 ويحيى495 ومايبي246 ابن مرزوق ان الموصوف.

2020 - ساقطة من المطبوع ومايبي246 (تكن له شبهة) وما بين المعقوفين من ن عدود ص352 ويحيى ص152 وم ص112 ويم ص127.

نص خليل

رُقْ كَالْقَنْ وَأَدِّبَ إِنْ وَطِئَ بِلَا مَهْرٍ وَعَلَيْهِ نَقْصُ الْمَكْرَهَةِ وَإِنْ حَمَلَتْ خُيِّرَتْ فِي الْبَقَاءِ وَأُمُومَةُ الْوَلَدِ إِلَّا لِضَعْفَاءَ مَعَهَا أَوْ أَقْوِيَاءَ لَمْ يَرْضَوْا وَحُطَّ حِصَّتُهَا إِنْ اخْتَارَتِ الْأُمُومَةُ وَإِنْ قَتِلَ فَالْقِيَمَةُ لِلْسَّيِّدِ وَهَلْ قَتَلَا أَوْ مُكَاتَبًا تَأْوِيلَانِ وَإِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ وَعَتَقَ إِنْ عَجَزَ وَالْقَوْلُ لِلْسَّيِّدِ فِي الْكِتَابَةِ وَالْأَدَاءِ لَا الْقَدْرَ وَالْجِنْسَ وَالْأَجَلَ وَإِنْ أَعَانَهُ جَمَاعَةٌ فَإِنْ لَمْ يَقْصِدُوا الصَّدَقَةَ رَجَعُوا بِالْفَضْلَةِ وَعَلَى السَّيِّدِ بِمَا قَبِضَهُ إِنْ عَجَزَ وَإِلَّا فَلَا وَإِنْ أَوْصَى بِمُكَاتَبَتِهِ فَكِتَابَةُ الْمِثْلِ إِنْ حَمَلَهُ الثَّلَاثُ وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِنَجْمٍ فَإِنْ حَمَلَ الثَّلَاثُ قِيَمَتَهُ جَازَتْ وَإِلَّا فَعَلَى الْوَارِثِ الْإِجَارَةُ أَوْ عَتَقَ مَحْمِلَ الثَّلَاثِ وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمُكَاتَبَتِهِ أَوْ بِمَا عَلَيْهِ أَوْ يَعْتِقَهُ جَازَتْ إِنْ حَمَلَ الثَّلَاثُ قِيَمَةَ كِتَابَتِهِ أَوْ قِيَمَةَ الرَّقَبَةِ عَلَى أَنَّهُ مُكَاتَبٌ وَأَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ أَلْفًا أَوْ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ لَزِمَ الْعِتْقُ وَالْمَالُ.

متن الخطاب

353 ص: رق كالقن ش: أي فيخير سيده حينئذ في فدائه بأرش الجناية أو إسلامه. /
ص: [رجعوا]²⁰²¹ بالفضلة ش: قال الجزولي: فإن دفع إليه اثنان مالا ليؤديه في الكتابة فدفعت له مال أحدهما وخرج حرا فإنه يرد مال الآخر إليه، وإن لم يعلم مال من بقي فإنهما يتحصان فيه على قدر ما دفعا إليه.

فرع: قال الجزولي: وكذلك كل من دفع إليه مال لأمر ما إما لكونه عالما أو صالحا أو فقيرا ولم تكن فيه تلك الخصلة فإنه يرده ولا يأكله، فإن فعل فقد أكل حراما. انتهى. وانظر حاشية [المشذالي]²⁰²² على المدونة في هذا المحل، وتقدم الكلام على شيء من ذلك.

ص: وأنت حر على أن عليك ألفا أو وعليك لزوم العتق والمال ش: ذكر أهل المذهب هنا خمس صيغ وفي بعضها خلاف مخرج، وما ذكره المصنف في هاتين المسألتين هو قول مالك. قال في التنبيهات: الأولى قوله أنت حر وعليك ألف والعبد غير راض فيها ثلاثة أقوال: الأول قول مالك وأشهب إلزام السيد العتق المعجل والعبد المال بكل حال معجلا إن كان موسرا أو دينيا إن كان معسرا. انتهى. وهو الذي اقتصر عليه المؤلف، ثم ذكر القولين، ثم قال: الثانية قوله أنت حر على أن عليك ألفا فيها أربعة أقوال قول مالك بإلزامه العتق والمال كما في الأولى. انتهى. ثم ذكر بقية الأقوال. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن الحاجب: وأنت حر على ألف عتق في [الحال والمال]²⁰²³ في ذمته. قال ابن عبد السلام: قوله أنت حر على ألف من غير أن يقول تؤدي أو تدفع أو غير ذلك لا يفيد شيئا. انتهى. وقال في التوضيح: قوله عتق يريد إذا قبل العبد، وهذا الكلام راجع إلى قوله أنت حر على أن عليك كذا، وعلى هذه الصورة حمل ابن راشد كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- وقد ذكروا هاهنا صيغا إلى آخره. ثم قال: واختلف في الأولى وهي أنت حر على أن عليك ألفا على أربعة أقوال الأول لمالك

الحديث

2021 - في المطبوع رجفوا بالعضلة وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 ويحيى ص152 وم ص112 ويم ص128 وما يابى 246.

2022 - في المطبوع المشذالي وما بين المعقوفين من ن ذي ص353 علق عليه الشيخ محمد سالم ب توجد بالإعجام والإهمال.

2023 - في المطبوع في المال والحال وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 ويحيى ص153 ويم ص128 وما يابى 247.

نص خليل وَخَيْرَ الْعَبْدُ فِي الْإِلْتِزَامِ وَالرَّدِّ فِي أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَدْفَعَ أَوْ تُؤَدِّي أَوْ إِنْ أُعْطِيَتْ أَوْ نَحْوُهُ.

متن الخطاب 354 بإلزامه العتق وإلزام العبد المال، وسواء قال أنت حر الساعة مثلا أو لم يقل، وهو الذي اقتصر عليه/ المصنف. انتهى. فانظر أول كلامه وآخره كيف قال أولا يريد إذا قبل العبد، وقال آخرا: مراد المصنف قول مالك بإلزام السيد العتق والعبد المال ففي كلامه تدافع، وقال ابن عرفة بعد ذكره كلام ابن عبد السلام المتقدم: قلت: ظاهر كلام ابن عبد السلام أن هذا اللفظ الذي ذكره ابن الحاجب لغو، وقال عياض: المسألة الأولى أنت حر وعليك كذا أو على أن عليك كذا هما سواء يعتق العبد وإن لم يرض.

قلت: فهذه المسألة والتي ذكرها ابن عبد السلام سواء. فتأمل. انتهى. وهو الذي حمله [ابن راشد²⁰²⁴] عليه فتحصل من كلام ابن الحاجب، وفهم ابن راشد وابن عرفة أنه لا فرق بين أن يقول أنت حر على ألف أو على أن عليك ألفا. والله أعلم.

تنبيه: ومثل قوله أنت حر وعليك ألف قوله أنت حر الساعة على أن تدفع إلي ألفا. قال أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني: قال ابن يونس: المحصول من قول مالك أنه إن قال أنت حر الساعة [بتلا²⁰²⁵] وعليك مائة دينار أو على أن عليك مائة دينار أو على أن تدفع إلي مائة دينار أنه حر ويتبع بالمائة أحب أم كره، وإن قال أنت حر ولم يقل الساعة [بتلا²⁰²⁶] ففي قوله أنت حر وعليك أو على أن عليك يعتق أيضا ويتبع مثل الأول، وإن قال على أن تدفع لا يعتق حتى يدفع لأنه لم يبتل عتقه إلا بعد دفع المال. انتهى. ومثله على أن تؤدي؛ إذ لا فرق بينهما كما صرح به ابن رشد في المقدمات وعياض في التنبيهات وغيرهما، وكذلك لو لم يقل الساعة ولكنه أراد أنه بمنزلة ما لو تلفظ به. قاله في العتق الثاني من المدونة في الموضع الذي هذا شرحه، وسيأتي لفظه. والله أعلم.

ص: وخير العبد في الالتزام والرد في حر على أن تدفع أو تؤدي أو إن أعطيت ونحوه ش: هذه هي المسائل [الثلاث²⁰²⁷] الباقية، وقوله ونحوه معطوف على المجرور بفي ونحوه على أن تدفع إلي أو تؤدي إلي أو تعطيني أو تجيئني بكذا. قاله في التنبيهات ونحوه إن أعطيت أو أديت أو جئتني أو إذا أو متى، وقاله في العتق الثاني من المدونة، وإذا خير العبد في الرد والقبول فإن رد فلا كلام، وإن قبل فلا يعتق إلا [بالأداء²⁰²⁸] صرح به في العتق الثاني منها.

تنبيهات: الأول: لا ينجم عليه في هذه الصورة. قاله في المدونة أيضا. الثاني: قال فيها ليس للعبد أن يطول بسيدته ولا للسيد أن يعجل بيعه إلا بعد تلوم السلطان بقدر ما يرى، وسيأتي الخلاف فيه في كلام عياض.

الحديث

2024 - في المطبوع ويم ابن رشد وما بين المعقوفين من مايابى 247 ويحيى .

2025 - في المطبوع مثلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 ويحيى ص153 (ويم ص149 تبلا) وم ص112.

2026 - في المطبوع مثلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2027 - في المطبوع الثلاثة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في مايابى 247.

2028 - في المطبوع بأداء وما بين المعقوفين من ن ذي ص354 ويحيى ص153 ويم ص128 وم ص113

ومايابى 247.

الثالث: قال فيها أيضا: وإن دفع الألف عن العبد أجنبي أجبر السيد على أخذها وعتق العبد ولو دفع العبد ذلك من مال كان بيد العبد فقال السيد ذلك المال لي فليس له ذلك لأن العبد ها هنا كالمكاتب يتبعه ماله ويمتنع السيد من كسبه أيضا. انتهى.

الرابع: قال في المدونة: لو قال أنت حر على أن تدفع إلي مائة دينار إلى سنة فقبل ذلك العبد فإن لم يقل حر الساعة أو يرد ذلك لم يعتق العبد إلا بالأداء عند مالك، ويتلوم له بعد محله فإن عجز رق، وقوله إن جئتني بكذا أو إلى أجل كذا فأنت حر من القطاعة ومن ناحية الكتابة، ويتلوم له كالمكاتب، وليس له بيعه. قال أبو الحسن: قال اللخمي: ويحال بين السيد ومال العبد وخراجه وله أن يسعى فيما لزم من المال ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى أنه يحضره فيه، وإن لم يأت به تلوم له، ولا يمكن العبد أن يطول على السيد، فإن لم يحضره كان رقيقا. انتهى.

الخامس: قال عياض في التنبيهات بعد ذكره الخلاف في المسألة الخامسة؛ وهي قوله إن أعطيتني: ولكن يختلف [هل هو تفويض²⁰²⁹] في إن وإذا ومتى وللعبد ذاك وإن طال الزمان، وهو قول مالك في المبسوط قال له ذلك ما دام في ملكه وإن طال زمانه ويلزم ذلك ورثته من بعده. قال ابن القاسم: ولا سبيل إلى بيعه في هذه الوجوه ولا هبته حتى يوقف عند الإمام ويتلوم له أو يعجزه، ومثله في المدونة على قياس قول مالك، وفي العتبية إن طال الزمان لم يلزم السيد ما جاء به ونحوه/ للمخزومي في المدونة والمبسوط ومذهب سحنون أنه متى قاما من المجلس فلا حرية للعبد وإن جاءه بالمال. انتهى. وقوله في هذه الوجوه؛ يعني به المسائل الثلاث وهي على أن تدفع أو على أن تؤدي أو إن أعطيت، وهذا كلام عياض الموعود به، واشتمل أوله على مسألة وآخره على مسألة أخرى.

السادس: إن قيل ما الفرق بين قوله أنت حر على أن عليك ألفا، وبين قوله على أن تدفع؟ قيل الفرق أنه إذا قال إن عليك ألفا فقد ألزمه ذلك ولم يجعله إليه، وللسيد أن يلزم عبده ويجبره على العتق على المال وعلى التزويج. قاله أبو الحسن. وليس في هذه مصادرة لأن الكلام مع من يسلم أن للسيد أن يجبر عبده ويلزمه، ولكنه يسأل لم جعل هذا اللفظ يدل على الإلزام وهذا لا يدل عليه، وإذا قال على [أن تدفع²⁰³⁰] فقد جعل الدفع إليه، فكأنه جعل للعبد في ذلك اختيارا ونظرا لصرفه العمل إليه، وفي قوله على أن عليك كأنه ألزمه ولم يجعل له في ذلك رأيا ولا اختيارا، بل ظاهره الجبر على الدفع فتأمل. وهذا مأخوذ من المقدمات ومن الرجراجي، وتقدم في كلام أبي الحسن شيء من هذا في الكلام على القولة الأولى. والله أعلم.

السابع: إذا كانت المقول لها أمة فكل ما ولدت بعد ذلك فإنه يعتق إذا أدت الألف وخرجت حرة. قال مالك: كل شرط كان في أمة فما ولدت بعد الشرط من ولد أو كانت حاملا به يوم شرط لها ذلك فولدها في ذلك الشرط بمنزلتها. انتهى من عتقها الثاني.

2029 - في المطبوع هل تفويض وضرب عليها عود وفي نسخة سيد 47 وهل هو تفويض وأقره الشيخ محمد سالم.

2030 * - في المطبوع ان يدفع وما بين المعقوفين من يم 149 وم 113 ويحيى 497 وسيد 47 وما يابى 248.

نص خليل باب إن أقر السيد بوطء ولا يمين إن أنكر كان استبرأ بحيضة ونفاه وولدت لستة أشهر وإلا لحق به ولو أتت لأكثره إن ثبت إلقاء علقه فوق ولو يامراتين كادعائها سقطاً رأيين أثره.

متن الخطاب الثامن: قال فيه: وإذا قال لعبده إن أدبت إلي اليوم مائة دينار فأنت حر فمضى اليوم ولم يؤد شيئاً فلا بد له من التلوم. انتهى. والله أعلم.

ص: باب إن أقر السيد بوطء ولا يمين إن أنكر كان ادعى استبراء بحيضة ش: هذا الباب يسمى [كتاب²⁰³¹] أمهات الأولاد، والأم في اللغة أصل الشيء، والجمع أمات، وأصل الأم أمهة، ولذلك يجمع على أمهات، وقيل الأمهات للناس وأمات للنعم، وأم الولد في اللغة عبارة عن كل من ولد لها ولد، وهو خاص في استعمال الفقهاء بالأمة التي ولدت من سيدها، وجرت عادة الفقهاء بترجمة هذا الباب بالجمع، ولعل سبب ذلك تنوع الولد الذي تحصل به الحرية فقد يكون تام الخلقة وقد لا يكون كذلك من مضغة وغيرها. عياض: ولأم الولد حكم الحرائر في ستة أوجه؛ وهي أنه لا خلاف أنهن لا يبعن في دين ولا غيره، ولا يرهن، ولا يوهبن، ولا يؤاجرن، ولا يسلمن في جنانية، ولا يستسعين، وحكم العبيد في أربعة أوجه؛ انتزاع مالهن ما لم يمرض السيد، وإجبارهن على النكاح على القول به، واستخدامهن في الخفيف الذي لا يلزم الحرية، وكونهن [لسيدهن فيهن²⁰³²] الاستمتاع. انتهى من التوضيح.

تنبية: قال في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الجامع: قال ابن القاسم: بلغني أن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وسالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب وعلي بن الحسين بن علي بن أبي طالب كانوا بني أمهات أولاد. قال ابن رشد: إنما ذكر هذا ليتبين أن هذا ليس مما يعاب به أحد وهو بين قال الله تعالى: ﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾. انتهى. وقوله ولا يمين إن أنكر كان ادعى استبراء.

قال في تهذيب الطالب: وسألت الشيخ أبا بكر بن عبد الرحمن عن الأمة تأتي بولد فينكره السيد ويدعي الاستبراء فلا يلحق به هل تحد فوقف عن [الحد،²⁰³³] وذكر أن الشيخ أبا الحسن وقف في ذلك. قال الشيخ أبو بكر: وهي شبهة تدفع الحد والمرأة قد تهرق الدم على الحمل والحد يسقط عنها عندي، وكذلك قال غيره من شيوخنا القرويين أنها شبهة تدفع الحد قال: ألا ترى أن عبد الملك يحلفه على ما ادعى من الاستبراء؟ قال: وأما لو أنكر أن يكون وطنها أصلاً فهنا تحد؛ إذ لا أحد علمناه يقول إن عليه اليمين إذا كان يقول ما وطنها أصلاً. انتهى.

مسألة: قال في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب العتق في أمة أقرت بعد موت سيدها أنها أتت

356

الحديث

2031 - في المطبوع باب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 355 ويحيى ص 154 ويم ص 128 وم ص 113 وما يابى 248.

2032 - في المطبوع لسيدتهن له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 355 ويحيى ص 154 وم ص 113 ويم ص 128 وما يابى 249.

2033 - في المطبوع الحدود وما بين المعقوفين من ن ذي ص 356 ويحيى ص 154 ويم ص 129 وم ص 113 وما يابى 249.

نص خليل

عَتَقْتُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَلَا يَرُدُّهُ دَيْنٌ سَبَقَ كَاشْتِرَاءَ زَوْجَتِهِ حَامِلًا لَا يُولَدِ سَبَقَ أَوْ وَلَدٍ مِنْ وَطءٍ شُبْهَةٍ إِلَّا أَمَةٌ مُكَاتَبَةٍ أَوْ وَلَدِهِ وَلَا يَدْفَعُهُ عَزْلٌ أَوْ وَطءٍ بِدْبُرٍ أَوْ فَخْذَيْنِ إِنْ أَنْزَلَ وَجَارَ إِجَارَتُهَا بِرِضَاهَا وَعَتَقْتُ عَلَى مَالٍ وَلَهُ قَلِيلُ خِدْمَةٍ وَكَثِيرُهَا فِي وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَرَشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهِمَا وَإِنْ مَاتَ فَلِوَارِثِهِ وَالْإِسْتِمْتَاعُ بِهَا وَانْتِزَاعُ مَالِهَا مَا لَمْ يَمْرُضْ وَكَرِهَ لَهُ تَزْوِيجُهَا وَإِنْ بِرِضَاهَا.

متن الخطاب بهذا الولد من فاحشة، وقامت بينة أن السيد كان أقر بوطئها فإن الولد يلحق به، وإقرارها بالزنى لا ينفيه عن والده ولا يوجب إقرارها ملكها، بل هي حرة من رأس المال. والله أعلم.

ص: عتقت من رأس ماله ش: قال الجزولي: أنظر إذا تركها حاملا هل تعتق في الحال، أو تنتظر حتى تضع؛ إذ قد ينفش الحمل؟ قولان المشهور تعتق في الحال وعليه اختلف في نفقتها ف قيل في التركية، وقيل على نفسها، وعلى القول الآخر نفقتها في التركية. انتهى. وانظر المسألة في أول سماع أشهب من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد، وفي رسم سعد من سماع ابن القاسم من طلاق السنة فإنه صرح فيه بأن المشهور أنها حرة بتبين الحمل وأنه لا نفقة لها ولا سكنى، وكذلك أم الولد إذا مات سيدها وهي حامل فلا نفقة لها ولا سكنى على المشهور فانظره.

ص: كاشترى زوجته حاملا ش: هذا هو المشهور يريد إذا لم تكن ملكا لمن يعتق عليه ولدها كأبيه ونحوه فإن كانت لم تكن بذلك أم ولد بلا خلاف. قاله في التوضيح أما إن أعتق البائع ولدها ففي ذلك قولان، وانظر المسألة في ابن يونس، واقتصر في التوضيح على أنها تكون به أم ولد. قال: ومن تزوج أمة والده فمات فورثها وهي حامل؛ فإن كان حاملا ظاهرا أو لم يكن ظاهرا ووضعته لأقل من ستة أشهر لم تكن به أم ولد؛ لأنه عتق على [جده،²⁰³⁴] وإن وضعته لستة أشهر فأكثر فهي به أم ولد. [انتهى./²⁰³⁵]

357

ص: ولا يدفعه عزل أو وطء بدبر أو فخذين إن أنزل ش: يعني أن الولد لا يندفع عنه بقوله كنت أعزل إذا أقر أنه كان ينزل ولا يندفع عنه بأنه كان يأتيها في دبرها إذا أقر بالانزال، ولا يندفع بالوطء بين الفخذين [إذا أقر بالانزال²⁰³⁶] أيضا، فقوله: "إن أنزل" قيد في المسائل الثلاث. قال في سماع [موسى²⁰³⁷] بن معاوية من ابن القاسم من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد: قال ابن القاسم من زعم أنه وطئ جاريتته وأنه يعزل فأتت بولد فإنها أم ولده إلا أن يدعي الاستبراء. قال ابن القاسم: ومن زعم أنه [كان²⁰³⁸] يطأ جاريتته ولا ينزل فأتت بولد [فإنه لا²⁰³⁹] يلحقه ولا

الحديث

2034 - في المطبوع حدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى ص 154 وم ص 113 ويم ص 129 وما يابى 249.

2035 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 وم 113 ويم 150 ويحيى 497.

2036 - في المطبوع وما يابى 249 أقر بالانزال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم ص 113 ويم ص 129.

2037 - في المطبوع وما يابى 249 عيسى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم ص 113 ويم ص 129.

2038 - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم ص 113 ويم ص 129 وما يابى 249.

2039 - في المطبوع فلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم ص 114 ويم ص 129 وما يابى 249.

تكون أم ولد [لأنه²⁰⁴⁰] إن زعم أنه كان يفضي وينزل ويعزل، فالعزل قد يخطيء ويصيب، ولذلك ألزمه الولد، وإذا قال كنت أماً ولا أنزل فإنه ليس هاهنا موضع خوف في أن يكون قد أفضى [فيها فلذلك²⁰⁴¹] لم يلزمه الولد. ابن رشد: هذا بين لأن الولد إنما يكون من الماء الدافق قال الله عز وجل: ﴿فليُنظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق﴾ فإذا لم ينزل أصلاً علم أنه لم يكن ما يكون عنه الولد فوجب أن لا يلزمه، وإذا وطئ وأنزل فعزل الماء عن الموطوءة وأنزل خارجاً منها احتتمل أن يكون لم يعزله بجملته وسبقه شيء كان عنه الولد، فوجب أن يلزمه لأنها صارت فراشا له بوطئه إياها، فوجب أن يلحق به حتى يوقن أنه ليس منه وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث العزل: ﴿ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة¹﴾ إخبار أن الولد قد يكون مع العزل إذا شاء الله أن يكون.

وقال في آخر كتاب الاستبراء من المدونة: ومن قال كنت أماً أمتي ولا أنزل فيها فإن الولد يلحقه ولا ينفعه أن يقول كنت أعزل [عنها²⁰⁴²] فذهب بعض الناس إلى أن ذلك خلاف رواية موسى هذه في قوله فيها إنه من قال كنت أماً ولا أنزل أن الولد لا يلحقه، ومنهم من قال كنت أعزل وليس شيء من ذلك كله بصحيح؛ لأن في قوله ولا أنزل فيها دليل على أنه كان ينزل خارجاً عنها، وهذا هو العزل بعينه فعنه سألته وعليه أجابه، فلا خلاف في رواية موسى لما في المدونة وهي مفسرة لها. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في أول كتاب أمهات الأولاد: ومن أقر بوطئه أمته ولم يدع الاستبراء لزمه ما أتت به من ولد لأقصى ما تلد النساء له إلا أن يدعي الاستبراء بحیضة.

قال: قوله ومن أقر بوطئه أمته يريد الوطء التام، وأما إن قال كنت لا أنزل كان القول قوله ويحلف وإن قال كنت أعزل لحق به. انتهى. وقال في التوضيح بعد أن نقل الكلام على العزل: قال ابن القاسم: ولو قال كنت أماً ولا أنزل لم ألزمه الولد. انتهى. وأما مسألة الوطء في الدبر فلا بد من اشتراط الإنزال فيها لأنه إذا اشترط في القبل فأحرى هو، وأما مسألة الوطء بين

1- ما عليكم أن لا تفعلوا ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب العتق، رقم الحديث 2542.

2040 - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم ص 114 ويم ص 129 وما يابى 249.
2041 - في المطبوع فيها بالعزل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 154 وم ص 114 ويم ص 129 وما يابى 249.
2042 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 وما يابى 250.

وَمُصِيبَتُهَا إِنْ بَاعَتْ مِنْ بَائِعِهَا وَرُدَّ عِتْقُهَا وَقُدِّيتْ إِنْ جَنَّتْ.

متن الخطاب الفخذين فنص [عليها²⁰⁴³] في آخر كتاب الاستبراء من المدونة، ونصه: إن قال البائع كنت أفخذ ولا أنزل وولدها ليس مني لم يلزمه. قال أبو الحسن: قال عياض: لأنه لو قدرنا هنا إنزالا بين الفخذين فهو يسير ولا يصل ليسارته للفرج، بخلاف لو [أنزل²⁰⁴⁴] هناك ماءه كله أو كثيرا منه فهذا يخشى أن يسري إلى الفرج. قال ابن المواز: كل وطء في موضع إن أنزل عنه وصل إلى الفرج لحق به الولد. قال الشيخ أبو الحسن: جعلها عياض على ثلاثة أوجه إن كان وطؤه وإنزاله في الأعكان وغير ذلك من جسدها مما يتحقق أنه لا يصل إلى الفرج منه فهذا لا يلحق به عندهم ولد. انتهى. الثاني أن يكون بين الفخذين وقد تقدم. الثالث أن يكون بين الشفرين فهذا لم يختلف فيه في لحوق الولد منه، وكذلك اختلف في إلحاقه من الوطء في الدبر. انتهى. ثم قال في مسألة العزل: وقد نزل هذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرجل كنت أعزل، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن الوكاء ينفلت} وألحق به الولد. قال عياض: الوكاء بكسر الواو ممدود استعارة وتشبيهه بخروج الماء في الفرج قبل العزل، والوكاء الخيط الذي يشد به فم القربة. انتهى.

ص: ومصيبتها إن [بيعت من بائعها²⁰⁴⁵] ورد عتقها ش: قال في التوضيح: وإذا صح رد العتق فأحرى/ الكتابة والتدبير، وكذلك لا يفيتها إيلاد المشتري، وإن كان عالما أنها أم ولد للبائع غرم قيمة الولد، واختلف إذا غره وكتمه أنها أم ولد فقال ابن الماجشون عليه قيمة الولد، وقال مطرف لا شيء عليه لأنه أباحه إياها. اللخمي: وهو أحسن. انتهى. وفي الشامل: فإن [أولدها²⁰⁴⁶] المبتاع لحقه الولد ولا قيمة فيه، بخلاف ما لو بيعت بغير رضا البائع، وهل يقوم عبدا أو على الترقب؟ قولان، ولو زوجها المبتاع لعبده ردت مع ولدها على الأصح. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: إذا فسخ البيع فظاهر المذهب لا شيء على البائع بما أنفقه المشتري ولا من قيمة خدمته، وقال سحنون يرجع عليه بالنفقة يريد ورجع هو بالخدمة. قاله اللخمي. وإذا نقض البيع تحفظ من البائع لثلا يعود ولا يمكن من السفر بها، وإن خيف عليها ولم [يمكن التحفظ²⁰⁴⁷] منه أعتقت عليه. انتهى.

فرع: وإن غاب المشتري ولم يعلم مكانه تصدق بالثمن. قاله في التوضيح.

فرع: قال في التوضيح: وهذا إذا باعها [لا بشرط²⁰⁴⁸] الحرية والعتق، فإن باعها على أنها حرة

- 2043 - في المطبوع عليهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 وما يابى 250.
- 2044 * - وفي يم نزل عنه.
- 2045 - في المطبوع وما يابى 250 ويحيى ص 155 وم ص 114 عتقت من بائعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويم ص 129.
- 2046 - في المطبوع ولدها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 وما يابى 250.
- 2047 - في المطبوع يمكن من التحفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 وما يابى 250.
- 2048 * - في المطبوع لا يشترط وما بين المعقوفين من سيد 47 ويحيى 498 ويم 150 وم 114 وما يابى 251.

نص خليل بأقل القيمة يوم الحكم والأرض وإن قال في مرضيه ولدت مني ولا ولد لها صدق إن ورثه ولد وإن أقر مريض بإيلاد أو تعتق في صحته لم تعتق من ثلث ولا من رأس مال وإن وطئ شريكاً فحملت غرم نصيب الآخر فإن أعسر خير في اتباعه بالقيمة يوم الوطء أو بيعها لذلك وتبعه بما بقي وينصف قيمة الولد وإن وطئها بطهر فالقافة ولو كان ذميًا أو عبدًا.

متن الخطاب فقال أصبغ لا ترد وولاؤها لسيدها ويسوغ له الثمن كما لو أخذ مالا على أن يعتقها ولو باعها على أن يعتقها المبتاع على أنها حرة ساعتئذ فهذه ترد ما لم تفت بالعتق فيمضي عتقها والولاء للبائع ويسوغ له الثمن؛ لأن المبتاع علم أنها أم ولد وشرط فيها العتق فكأنه فكاكه ولو لم يعلم أنها أم ولد لرجع بالثمن. انتهى.

ص: بأقل القيمة يوم الحكم والأرض ش: أي قيمتها على أنها أمة. قاله [في التوضيح. وهو 2049 في] المدونة في كتاب الجنایات، ونصه: قال مالك: أحسن ما سمعت في جناية أم الولد أن يلزم السيد الأقل من أرش جنایتها أو من قيمتها أمة يوم الحكم زادت قيمتها أو نقصت وذلك عوض من إسلامها لما لم يكن سبيل إلى رقتها، وكذلك ما استهلك وأفسدت بيدها أو دابتها أو بحفر [حفرة²⁰⁵⁰] حيث لا ينبغي لها أو اغتصبت أو اختلست؛ لأن هذه كلها جنایات وعلى السيد فيها الأقل كما ذكرنا. أنتهى. وقاله في التوضيح.

ص: وإن [وطئها²⁰⁵¹] بطهر فالقافة ش: هذا إذا [وطئ²⁰⁵²] الأمة بملك اليمين فإن كان بملك اليمين وبالنكاح فلا يخلو إما أن يكون النكاح سابقاً أو ملك اليمين سابقاً، فإن كان ملك اليمين سابقاً كما إذا وطئ أمته ثم زوجها قبل أن يدعي الاستبراء، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطئ الزوج فإن الولد لا يلحق به ويلحق بالسيد إلا أن يدعي الاستبراء أي وينفي الولد، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر فاختلف في ذلك فقبل تدعى له القافة. قال اللخمي: وهو قول مالك، وروي عن ابن القاسم، وقال مالك هو للزوج، وقال محمد بن مسلمة هو للأول؛ لأن وطأه صحيح، والثاني فاسد، وقال الرجراجي إن الأول هو المشهور، وأما إن تقدم الوطء بالنكاح على الوطء بالملك فالولد للزوج ولا ينفيه إلا بلعان. قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: قال اللخمي: وكذلك لو تقدم الوطء بالملك وكان النكاح بعد الاستبراء فالولد للزوج. انظره.

فرع: قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: قال مالك في رجل زوج أمته عبده أو أجنبياً ثم وطئها السيد فأتت بولد فالولد للزوج إلا أن يكون الزوج معزولاً عنها مدة في مثلها براءة للرحم فإنه يلحق

الحديث

2049 - ساقطة من المطبوع ويم 150 ويحيى 498 وم 114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 وما يابى 251.

2050 - في المطبوع حفره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 ويحيى ص 155 وم ص 114 ويم ص 129 وما يابى 251.

2051 - في المطبوع وما يابى 251 ووطئها ويحيى ص 155 وم ص 114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 358 ويم ص 129.

2052 - * في المطبوع ووطئ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في سيد 47.

نص خليل

فَإِنْ أَشْرَكَتَهُمَا فَمُسْلِمٌ وَوَالِي إِذَا بَلَغَ أَحَدُهُمَا كَأَنْ لَمْ تُوْجَدْ وَوَرِثَاهُ إِنْ مَاتَ أَوَّلًا وَحَرُمَتْ عَلَى مُرْتَدٍّ أُمُّ وَلَدِهِ حَتَّى يُسْلِمَ وَوُقِفَتْ كَمَدْبِرِهِ إِنْ فَرَّ لِدَارِ الْحَرْبِ وَلَا تَجُوزُ كِتَابَتُهَا وَعَتَقَتْ إِنْ أَدَّتْ.

متن الخطاب

359

بالسيد لأنها أمته ولا يحد، وكذلك الجواب إن أتت بولد لسته أشهر من يوم زوجها فأكثر فادعاه السيد، / أو أتت به لأقل من ستة أشهر وقد دخل بها زوجها فسد نكاحه ولحق الولد بالسيد إن أقر بالوطء إلا أن يدعي الاستبراء. قال ابن يونس: قوله معزولا عنها في مدة في مثلها براءة للرحم. قال أصبغ: وذلك حيضة أو قدرها. قال ابن المواز: ولقد نزلت فأفتى فيها وأنا حاضر إن كان زوجها معزولا عنها قدر الشهر ونحوه فإنه يلحق بالسيد ولا يحد، ويؤدب إن لم يعذر بجهل، وترد المرأة إلى زوجها إذا وضعت، فإذا مات سيدها عتقت. انتهى.

ص: فَإِنْ أَشْرَكَتَهُمَا فَمُسْلِمٌ وَوَالِي إِذَا بَلَغَ أَحَدُهُمَا كَأَنْ لَمْ تُوْجَدْ وَوَرِثَاهُ إِنْ مَاتَ أَوَّلًا ش: قوله فمسلم أي يحكم للولد بحكم الإسلام حتى يبلغ فيوالي أيهما شاء فأى من والاه لحق به ولكنه لا يكون إلا مسلما. انظر اللخمي والمدونة وأبا الحسن الصغير، وتقدم في باب الاستلحاق عن البرزلي في مسائل النكاح أنه إذا فرض عدم القافة فإنه إذا كبر الولد والى أيهما شاء فمن والاه لحق به ولا يكون إلا مسلما بمنزلة ما إذا أشكل الأمر، فإن مات قبل ذلك ورثاه وإن ماتا ورثهما معا. اهـ. وهو معنى قول المصنف: "كأن لم توجد وورثاه إن مات أولا. والله أعلم. وقال ابن عرفة: الصقلي إن لم توجد القافة بعد الاجتهاد في طلبها ترك الولد إلى بلوغه يوالي من شاء كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو ليس هو لأحد منهما، وقال بعض علمائنا وهو أولى من قول من قال يبقى موقوفا حتى توجد القافة. سحنون: إن قالت القافة ليس لواحد منهما دعي له آخرون ثم آخرون كذا أبدا؛ لأن القافة إنما دعت لتلحق لا لتنفى. انتهى.

ص: وَلَا تَجُوزُ كِتَابَتُهَا وَعَتَقَتْ إِنْ أَدَّتْ ش: يعني أنه لا يجوز لسيد أم الولد أن يكتبها قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: وليس للرجل أن يكتب أم ولده، وإنما يجوز له أن يعتقها على مال يتعجله منها، فإن كاتبها فسخت الكتابة إلا أن تفوت بالأداء [فتعتق²⁰⁵³] ولا ترجع فيما أدت [إذ²⁰⁵⁴] كان للسيد انتزاع مالها ما لم يمرض. انتهى. فظاهر المدونة أنه لا تجوز كتابتها مطلقا برضاها أو بغير رضاها. قال أبو الحسن الصغير: وعليه حملها عبد الحق فقال إن قيل لم لا تجوز كتابة أم الولد برضاها وهي طائعة بما ل إن أدت في حياة سيدها عتقت، وإن لم تؤد كانت على حالها أم ولد تعتق بالموت؟ قال: لأنها معاوضة بينها وبين سيدها فيها غرر. انتهى. وحملها اللخمي على أن المنع إذا لم يكن برضاها، وأما برضاها فيجوز، وعلى ذلك مشى صاحب اللباب، وجعله كأنه المذهب، وانظر كلام اللخمي في تبصرته، وقال في التوضيح: ومنع في المدونة كتابتها، لكن ذلك محمول عند الأشياخ على ما إذا لم ترض، أما لو رضيت فيجوز كالإجارة. انتهى.

الحديث

²⁰⁵³ - في المطبوع فيعتق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 359 ويحيى ص 156 وم ص 115 ويم ص 151 وما يابى 252.
²⁰⁵⁴ - في المطبوع وما يابى 252 إذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 359 ويحيى ص 156 وم ص 115 ويم ص 130.

نص خليل فصل الْوَلَاءِ لِمُعْتَقٍ وَإِنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ عَتَقَ غَيْرَ عَنْهُ بِلَا إِذْنٍ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهُ بِعِتْقِهِ حَتَّى عَتَقَ إِلَّا كَافِرًا أَعْتَقَ مُسْلِمًا وَرَقِيقًا إِنْ كَانَ يُنْتَزَعُ مَالُهُ.

متن الخطاب ص: باب الولاء لمعتق ش: الولاء بفتح الواو ممدود من الولاية بالفتح بمعنى القرب، وأصله من الولي، وأما من الولاية والتقديم فبكسر الواو، وقيل بالوجهين فيهما.

ص: إن لم يعلم السيد بعتقه حتى عتق ش: يعني أن العبد إذا أعتق في حال رقه ولم يعلم بذلك سيده حتى عتق العبد فإن الولاء للعبد؛ يريد إذا لم يستثن السيد ماله حين العتق؛ لأن عتق العبد حين رقه موقوف والعبد [المعتق]²⁰⁵⁵ من جملة ماله، فإذا لم يستثن السيد ماله تبعه ولزم العتق

الذي فعله في حال رقه، فإن استثنى السيد ماله/ فالعبد من جملة المال وهو رق للسيد، وكذلك لو علم السيد بعتقه قبل أن يعتقه فرده بطل عتقه وصار العبد رقيقاً، فإن استثنى السيد ماله فهو له، وإن لم يستثن ماله كان رقيقاً للعبد ولا يلزمه عتقه في حال الرق إذا أبطله السيد، وإن علم السيد بالعتق وأجازه مضى وكان الولاء للسيد، فإن علم فلم يرد ولم يمض حتى عتق العبد فقال ابن المواز مضى ذلك وكان الولاء للعبد. ابن المواز: لأن العبد عند مالك أفعاله على الجواز حتى يردها السيد فلا يبطلها إلا رده إفصاحاً، وليس سكوته في ذلك إذناً ولا رداً فحين أعتقه تبعه ماله فجاز عتقه وكان الولاء له. انتهى. وقال في الشامل: ولو علم به فلم يرد حتى أعتقه فالولاء له، وقيل للسيد. انتهى. ونقل القولين في التوضيح، وعزا الأول لابن المواز، والثاني لابن الماجشون. انتهى.

فرع: قال في أول كتاب الولاء من المدونة: فإن أعتقت عبدك عن عبد رجل فالولاء للرجل ولا يجره عبده إن أعتق، كعبد أعتق عبده بإذن سيده ثم أعتقه سيده بعد ذلك أنه لا يجزى الولاء، وقال أشهب يرجع إليه الولاء لأنه يوم عقد عتقه لا إذن للسيد فيه ولا [رد]²⁰⁵⁶. ابن يونس: وهو أحسن. انتهى.

ص: إلا كافرًا أعتق مسلماً ش: أي فإنه لا ولاء عليه ولو أسلم السيد بعد ذلك، واحترز بقوله: "أعتق مسلماً" مما لو أعتق كافراً فإن الولاء له عليه، فإن أسلم العبد المعتق لم يرثه سيده وكان الولاء لعصبة سيده من المسلمين إن كان له عصبة، وإلا فلبيت المال، فإن أسلم سيده بعد ذلك عاد الولاء له، [وقاله]²⁰⁵⁷ في المدونة وغيرها، وهو معنى قول المصنف: "وإن أسلم العبد عاد الولاء بإسلام السيد" أي وإن أسلم العبد الكافر الذي أعتقه الكافر في حال كفره فإن سيده لا يرثه؛ لأن الكافر لا يرث المسلم، فإن أسلم السيد عاد إليه الولاء.

ص: ورقيقاً إن كان ينتزع ماله ش: يعني أن الرقيق إذا أعتق لا يكون عتقه سبباً للولاء إذا كان الرقيق ممن ينتزع ماله كالقن والمدبر وأم الولد إذا لم يمرض السيد والمعتق إلى أجل إذا لم يقرب الأجل ويريد إذا كان العتق بإذن السيد أو علم به وأجازه، وأما إذا لم يعلم بذلك حتى عتق العبد المعتق أو علم ولم يرد ولم يمض حتى عتق العبد المعتق فإن الولاء له كما تقدم، واحترز بذلك من المكاتب والمعتق بعضه وأم الولد والمدبر إذا [أعتقوا]²⁰⁵⁸ في مرض السيد والمعتق إلى أجل إذا أعتق قرب الأجل فإن

2055 * - في المطبوع المعقوق وما بين المعقوفين من يحيى 499 وسيد 48.

2056 - في المطبوع يرد وما بين المعقوفين من يم 151 وما يابى 252 والتذهيب، ج 2 ص 616.

2057 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من سيد 48.

2058 * - في ما يابى 253 وسيد 42 أعتقا.

نص خليل

وَعَنِ الْمُسْلِمِينَ الْوَلَاءُ لَهُمْ كَسَائِبَةٍ وَكَرِهَ وَإِنْ أَسْلَمَ الْعَبْدُ عَادَ الْوَلَاءُ بِإِسْلَامِ السَّيِّدِ وَجَرٌّ وَلَدَ الْمُعْتَقِ كَأَوْلَادِ الْمُعْتَقَةِ.

متن الخطاب

هؤلاء إذا أعتقوا بإذن السيد [أو²⁰⁵⁹] علم السيد بذلك وأجازه ثم أعتقوا فإن الولاء لهم، فإن لم يعلم بذلك حتى أعتقوا أو علم ولم يرد ولم يمض فالولاء لهم من باب أولى. ابن يونس: قال ابن المواز: أصل مالك وابن القاسم أن كل من للرجل انتزاع ماله فولاء من أعتق بإذنه له وأما من ليس له انتزاع ماله فولاء من أعتق بإذن السيد راجع إليه إن عتق. انتهى. وحكى في [المدير وأم الولد²⁰⁶⁰] يعتقان في مرض السيد ثلاثة أقوال: الأول لأصبع الولاء لهما وإن صح السيد لأنهما أعتقا في وقت ليس للسيد انتزاع مالهما فيه، والثاني الولاء للسيد، وإن مات من مرضه ذلك، واختاره ابن عبد الحكم قال: وكذلك المعتق بعضه. ابن المواز: وقاله أشهب في المعتق بعضه فقيل له ألا تراهم كالمكاتب؛ لأنه ممن لا ينتزع ماله؟ فقال له للمكاتب سنة وللعبد سنة. قال ابن المواز: فلم [تبق²⁰⁶¹] له حجة أكثر من هذا. قال ابن القاسم: ولأى من أعتقه المعتق بعضه للعبد وهو الصواب، وما روي عن ابن القاسم غير هذا فغلط، وإنما هو عن أشهب. انتهى. والقول الثالث في المدير وأم الولد إذا أعتقا في مرض السيد لابن المواز أنه يوقف، فإن مات السيد كان الولاء لهما، وإن صح فله. انتهى.

ص: وعن المسلمين الولاء لهم ش: مسألة: قال الفاكهاني في شرح العمدة في كتاب الشروط في البيوع: لو قال أنت حر ولا ولأى لي عليك فقال ابن القصار الولاء للمسلمين ونزل منزلة قوله أنت حر عن المسلمين. قال الإمام: وكان بعض شيوخنا يخالفه في هذا ويرى أن بقوله أنت حر استقر الولاء له واستثناه بعد ذلك جملة ثانية في قوله لا ولأى لي عليك لا يغير حكم الجملة الأولى لأنه إخبار عن حكم الجملة الأولى المستقرة بالشرع على خلاف ما حكم الله به فيكون إخباره كذبا وفتواه باطلة، والكذب والباطل لا يلتفت إليه، ولا يعول في مثل هذه الأحكام عليه. انتهى.

ص: وجر ولد المعتق ش: يعني أن من أعتق عبداً فإن ذلك العتق يجر ولأى ولد ذلك العبد المعتق للمعتق بكسر التاء، وسواء كانت أمهم حرة أو معتقة، قال في كتاب الولاء من المدونة: وكل حرة من العرب أو معتقة تزوجها حر عليه ولأى فإنه يجر ولأى ولده منها إلى مواليه، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات. انتهى من ترجمة العبد يشتري من مال الزكاة. وذكر ابن يونس عن الموازية أنه لا يرثه، وأن ميراثه لبيت المال إن كانت الأم عربية ولموالها إن كانت معتقة. ثم قال في [المدونة²⁰⁶²]: وإذا تزوجت الحرة عبداً فولدت منه أولادا كان [ولأى²⁰⁶³] الأولاد لموالي الأم ما دام الأب عبداً، فإن عتق جر ولأى لمعتقه وهو كولد الملاءنة [ينتسب²⁰⁶⁴] إلى موالى أمه فهم يرثونه ويعقلون عنه ثم إن اعترف به أبوه حد ولحق به وصار ولاؤه إلى موالى أبيه وعقله عليهم، وكذلك لو كان لولد العبد من الحرة جد أو جد جد حر قد عتق قبل الأب لجر ولأى لهم إلى معتقه. انتهى. قال

361

الحديث

2059 - في المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 360 ويحيى ص 156 وم ص 115 ويم ص 130 ومايaby 253.

2060 - في المطبوع الولد والمديرة وما بين المعقوفين من مايaby 253 وسيد 48.

2061 * - في يم 151 ومايaby 253 وسيد 48 فلم يكن له حجة.

2062 - في المطبوع الموازية وما بين المعقوفين من مايaby 253 وسيد 48 ويم 151.

2063 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 361 ويحيى ص 157 وم ص 115 ويم ص 130 ومايaby 253.

2064 - في المطبوع ينسب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 361 وم 115 ويم 151.

نص خليل

إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ إِلَّا لِرِقٍّ أَوْ عِتْقٍ لآخرَ وَمُعْتَقَهُمَا وَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ أَوْ اسْتَلْحَقَ رَجَعَ الْوَلَاءُ لِمُعْتَقِهِ مِنْ مُعْتَقِ الْجَدِّ وَالْأُمِّ وَالْقَوْلُ لِمُعْتَقِ الْأَبِّ لَا لِمُعْتَقِهَا إِلَّا أَنْ تَضَعَ لِذُنُوبِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عِتْقِهَا وَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ بِالْوَلَاءِ أَوْ اثْنَانِ يَأْتِيَانِ لَمْ يَزَالَا يَسْمَعَانِ أَنَّهُ مَوْلَاهُ أَوْ ابْنُ عَمِّهِ لَمْ يَثْبُتْ لَكِنَّهُ يَحْلِفُ وَيَأْخُذُ الْمَالَ بَعْدَ الْإِسْتِيْنَاءِ.

متن الخطاب

أبو الحسن: فإذا عتق العبد رجع الولاء إلى مواليه من موالي معتق الجد. انتهى. وهذا معنى قول المصنف فيما سيأتي: "وإن عتق الأب أو استلحق رجع الولاء إلى معتقه من معتق الجد والأم" وقوله في المدونة: وكان الولاء لموالي الأم هذا إذا كانت الأم [معتقة²⁰⁶⁵] فإن كانت حرة كان ميراثه لبيت المال حتى يعتق الأب فإن مات مملوكا كان ميراث الولد لبيت المال كما يفهم من المدونة إذ لا ولاء عليه، وانظر شرح الحوفي [للعقباني²⁰⁶⁶].

تنبيه: ظاهر كلام المدونة أن أولياء معتق الأب والجد يجرون الولاء من أولياء الأم ولو كان أولياؤهما نسوة وهو كذلك كما نص عليه في النوار في ترجمة جر الولاء. ص: [إن²⁰⁶⁷] لم يكن لهم نسب من جر ش: بأن يكون أبوهم عبدا أو يكونوا من زنا أو من أب لا عن أو يكون الأب حربيا بدار الحرب.

ص: وإن أعتق العبد أو استلحق رجع الولاء إلى معتقه من معتق الجد والش: قال ابن الحاجب: ومعتق/ الأب أولى من معتق الأم والجد. قال في التوضيح: الأولوية بمعنى التقديم وفي الموطأ أن الزبير اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة، فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أهم هم موالينا فاختصموا إلى عثمان فقضى للزبير [بولائهم²⁰⁶⁸] وكان ينبغي للمصنف أن يبين أن معتق الجد أولى من معتق الأم، إلا أن يقال إنه اكتفى عن ذلك بقوله أولا: "وليس لهم نسب من حر"، وعلى هذه القاعدة تتفرع هذه المسألة التي ذكرها المصنف، وكذلك فعل ابن الحاجب، فإذا كانت الأم معتقة وكان الأب والجد رقيقين فالولاء لمعتق الأم؛ لأنه يصدق عليه أنه ليس له نسب من حر، فإن عتق الجد رجع الولاء لمعتقه، فإن عتق الأب رجع الولاء إلى مواليه، وكذلك إذا كان الأب [معتقا²⁰⁶⁹] ولا عن الأم وهي [معتقة²⁰⁷⁰] فإن نسبه قد انقطع باللعان فيكون الولاء لمعتق الأم، فإن استلحق الولد عاد الولاء لمعتق الأب. والله أعلم.

ص: لم يثبت ش: أي لم يثبت النسب ولا الولاء بشهادة الواحد ولا شهادة السماع، أما عدم ثبوت

الحديث

2065 * - في المطبوع معتوقة وما بين المعقوفين من يحيى 500 ويم 151.
2066 - في المطبوع للعقباني وما بين المعقوفين من ن عدود ص 361 (ويحيى ص 157 الحوفي والعقباني) وم ص 115 ويم ص 130 وما يابى 253 (للعقباني).
2067 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 361 ويحيى ص 157 وم ص 115 ويم ص 131 وما يابى 253.
2068 - في المطبوع بولائهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم ص 131 وما يابى 254.
2069 - في المطبوع وما يابى 254 معتوقا وم ص 116 ويم ص 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157.
2070 - في المطبوع وما يابى 254 معتوقة وم ص 116 ويم ص 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157.

نص خليل وَفَدِمَ عَاصِبُ النَّسَبِ ثُمَّ الْمُعْتَقُ.

متن الخطاب ذلك بشهادة الواحد فهو المذهب، وأما عدم ثبوت ذلك بشهادة السماع فقال في التوضيح هو مذهب المدونة، وبه أخذ أصبغ. ابن المواز: ولا يعجبني وأكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى له بالسماع [بالولاء²⁰⁷¹] والنسب. ثم قال في التوضيح: فإن قيل ما ذكره المصنف معارض لما قاله في الشهادة، والمشهور جريها في النكاح والولاء والنسب؛ لأن قوله جريها يقتضي أن الولاء يثبت بها²⁰⁷² [وتشبيهه هنا [بالشاهد²⁰⁷³] يدل على أنه لا يثبت بها، ألا ترى أنه قد نص على أنه لا يثبت بالشاهد إلا أن يقال لا يلزم من الجري الثبوت بل يصدق بأخذ المال أو يكون ما قدمه؛ يعني هنا ليس هو المشهور لقول ابن المواز أكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى [له²⁰⁷⁴] بالسماع [بالولاء²⁰⁷⁵] والنسب أو يقيد قوله جريها في النكاح والولاء والنسب بما إذا مات في غير بلده كما أشار إليه بعض القرويين أو يقال معنى ما في الشهادات إذا كان السماع فاشيا وليس هنا كذلك. انتهى. وقال ابن رشد في نوازل في مسائل الدعوى: وأما شهادة السماع الفاشي بالنسب إذا لم يكن مشتهرا عند الشاهد اشتهارا يوجب له العلم فلا يثبت به النسب مع حياة الأب وإنكاره على حال، وإنما يختلف في ذلك بعد الموت على ثلاثة أقوال: أحدها أن يكون له المال [ولا²⁰⁷⁶] يثبت له النسب، وهو مذهب ابن القاسم، والثاني يثبت له النسب والمال، والثالث لا يثبتان انتهى. ص: وقدم عاصب النسب ش:

فرع: قال في المدونة: وللمرأة الحرة ولاء من أعتقت وعقل ما جره موالها على قومها وموارثهم لها فإن [ماتت²⁰⁷⁷] فهو لولدها الذكور، فإن لم يكن لها ولد ذكور [فذلك²⁰⁷⁸] لذكور ولد ولدها الذكور دون الإناث وينتمي مولاها إلى قومها كما كانت هي تنتمي فإذا انقرض ولد ولدها رجع ميراث موالها لعصبتها الذين هم [أقعد²⁰⁷⁹] بها يوم يموت الموالي دون عصبة الولد، وقاله عدة من الصحابة والتابعين. انتهى. وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وأصح الروايتين عن أحمد، وقد أطال [المارديني²⁰⁸⁰] في شرح كشف الغوامض في ذلك. [وذكره²⁰⁸¹] أبو داود في سننه في آخر باب الفرائض عن الصحابة، وقال ابن بكير لا شيء لولدها من موالها. نقله العقباني في شرح الحوفي، ونقله ابن عرفة في مختصره للحوفي.

الحديث

2071 - في المطبوع والولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 ومايابی 254.

2072 * - في المطبوع به وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ومايابی 254 وم 116.

2073 - في المطبوع بالشاهدين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 ومايابی 254.

2074 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في مايابی 254 وسيد 48.

2075 - في المطبوع والولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 ومايابی 254.

2076 - في المطبوع ولم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم ص 131 ومايابی 254.

2077 - في المطبوع مات وما بين المعقوفين من ن ذي ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم ص 131 ومايابی 254.

2078 - في المطبوع فذاك وما بين المعقوفين من مايابی 254 ويم 152 وسيد 48.

2079 - في المطبوع أعقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى ص 157 ويم 131 ومايابی 254.

2080 * - في المطبوع الماورديني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وم 116.

2081 * - في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من يم 152 وم 116.

نص خليل ثم عَصَبَتْهُ كَالصَّلَاةِ ثُمَّ مُعْتِقٌ مُعْتِقِهِ وَلَا تَرْتُهُ أَنْتَى إِنْ لَمْ تُبَاشِرْهُ بِعِتْقٍ.

متن الخطاب

ص: ثم [عصبته²⁰⁸²] ش:

فرع: قال في المدونة: ولا يرث الأخ للأم من الولاء شيئاً فإن لم يترك الميت غيره فالعصبة أولى إلا أن يكون من العصبة فيرث معهم. قال ابن يونس: مثل أن يترك الهالك ابني عم وموالي وأحدهما أخ للأم فيكون الولاء بينهما نصفين ببنوة العم وتسقط الولادة للأم. ابن المواز: قال أشهب: بل يكون الأخ للأم أولى بالولاء؛ لأنه أقعد بالرحم كما لو ترك الهالك أخاً شقيقاً وأخاً لأب فإن الميراث للأخ الشقيق،

363

وكما لو ترك ابن عم شقيق وابن عم لأب لكان الشقيق أولى بالولاء والميراث. / ابن يونس: وهذا أقيس. انتهى. قال ابن عرفة: ودرجات التعصيب في القرب فيه كالتعصيب في الإرث إلا أن الأخ وابن الأخ يقدمان على الجد. زاد الحوفي: وابن العم على [أبي²⁰⁸³] الجد.

قلت: وهو مندرج في [الأول²⁰⁸⁴] بالمعنى. اللخمي: اختلف إن كانا ابني عم أحدهما أخ للأم فقال مالك وابن القاسم في المدونة لا فضل للأخ للأم، وقال أشهب عند محمد الأخ للأم أحق لأنه أقعد [بالرحم²⁰⁸⁵] كما لو ترك المعتق أخوين أحدهما شقيق والآخر للأب.

قلت: في جريان هذا الخلاف في إرث المال نظر، ويرد قياس أشهب بأن زيادة [الشريك²⁰⁸⁶] في الأم في المقيس عليه هي فيما به التعصب²⁰⁸⁷ [وهي الإخوة وهي في المقيس²⁰⁸⁸] في غير ما به التعصيب لأنها في إخوة لا تعصيب لها إنما التعصب²⁰⁸⁹ [فيه ببنوة العمومة. انتهى. وقد حكى في التوضيح في باب الفرائض الخلاف في ميراث النسب أيضاً.

فرع منه: قال: والمذهب انتقله بموت مستحقه إلى أقرب عصبة [المعتق²⁰⁹⁰] حينئذ لا إلى أقرب عصبة المستحق. انتهى. وعلى هذا يتفرع قول المصنف: "وإن اشترى ابن وابنة أباهما".

ص: كالصلاة ش: يعني كالصلاة على الجنائز فيقدم الابن ثم ابنه ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه، ولو قال المصنف كالنكاح لكان أحسن، وإن كان الحكم سواء لأنه لم يبين هذا الترتيب في الجنائز وبينه في النكاح، والحاصل أن الولاء والصلاة على الميت وولاية النكاح سواء.

الحديث

2082 - في المطبوع ويم ص 131 عصبة وما بين المعقوفين من ن ز ص 362 ويحيى ص 157 وم ص 116 وما يابى 254.

2083 - في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 وما يابى 255.

2084 - في المطبوع الأولى وما بين المعقوفين من ن م 116 ويم 152 ويحيى 500.

2085 - في المطبوع للرحم وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 وما يابى 255.

2086 - في المطبوع الشرط وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 157 وم ص 116 ويم 131 وما يابى 255 (الشرك).

2087 - في المطبوع التعصب وما بين المعقوفين من يحيى 500 وسيد 48 ويم 152 وما يابى 255 وم 116.

2088 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 وم 116 ويم 152 ويحيى 500.

2089 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 158 وم ص 116 ويم 131 وما يابى 255.

2090 - في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من ن عود ص 363 ويحيى ص 158 وم ص 116 ويم 131 وما يابى 255.

نص خليل

أَوْ جَرَّهُ وَلَا يُولَدَ أَوْ عَتَقَ وَلَوْ اشْتَرَى ابْنٌ وَبَنَتْ أَبَاهُمَا ثُمَّ اشْتَرَى الْأَبُ عَبْدًا فَمَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ الْأَبِ وَرَثَةُ الْإِبْنِ وَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ أَوْلًا فَلِلْبَنَتِ النِّصْفُ لِعَتِقَتِهَا نِصْفَ الْمُعْتَقِ وَالرُّبْعُ لِأَنَّهَا مُعْتَقَةٌ نِصْفَ أَبِيهِ وَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ ثُمَّ الْأَبُ فَلِلْبَنَتِ النِّصْفُ بِالرَّحِمِ وَالرُّبْعُ بِالْوَلَاءِ وَالثَّمَنُ بِجَرِّهِ.
باب صَحِّ إِيصَاءٍ حُرٍّ مُمَيِّزٍ مَالِكٍ.

متن الخطاب

ص: أو جره ولأه بولادة أو عتق ش: نحوه لابن الحاجب فقال في التوضيح: حكى سحنون على هذا الإجماع أنه لا ولأه للمرأة إلا من باشرت عتقه أو أعتقت من أعتقه أو يكون ولدا لمن أعتقته وإن سفل من ولد الذكور خاصة، ولم يبين المصنف -يعني ابن الحاجب- هنا أنه لا يجر إلا أولاد الذكور إلا أنه قال وعلى من جره ولأهها، وقد بين أولا أن المرأة إنما تجر ولأه أولادها إذا لم يكن لهم نسب من حر. انتهى. ومثله يقال عليه والتقيد [بالذكور]²⁰⁹¹ وقع في المدونة لكنه لا كبير فائدة فيه لأن من المعلوم أنه لا ينجر إليها بالولادة إلا ما ينجر للذكر.

وقد تقدم أن المعتق إذا أعتق أمة فإنما يكون له الولاء على أولادها الذكور [إذا]²⁰⁹² لم يكن لهم نسب من حر بل التقيد به مشوش لأنه يوهم أن أولاد المعتقة لا ولأه عليهم لمعتقها مطلقا، سواء كان لهم نسب من حر أم لا، وليس كذلك ونص كلامه في المدونة ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو ولد من أعتقن من ولد الذكور ذكرا كان ولد هذا الذكر أو أنثى. انتهى. إلا أنه قال بعده وإذا أعتقت المرأة امرأة فولدت المعتقة من الزنى أو من الزوج ثم نفاه ولاعن فيه كان ميراث هذا الولد للمرأة التي أعتقت أمه. انتهى. وبهذا فسر الشيخ أبو الحسن المدونة، وقال للخصمي ما أعتقت المرأة يجري مجرى ما لو كان المعتق رجلا، فكل موضع يكون الولاء فيه للمعتق إذا كان رجلا يكون لها. انتهى.

ص: وورثه الابن ش: ولا ترث البنت منه شيئا لأن الابن عاصب المعتق من النسب والبنت معتقة المعتق وعاصب المعتق مقدم على معتق المعتق، وهذه تسمى فريضة القضاة لغلط أربعمائة قاض فيها بتوريثهم البنت بالولاء.

ص: فإن مات الابن أولا فللبنت النصف ش: إن مات الأب ثم مات الابن قبل موت/ العبد المعتق ثم مات العبد فللبنت النصف لأنه لما فقد المعتق وعصبته من النسب انتقل الولاء لمعتق المعتق ومعتق المعتق البنت والابن الميت فلها النصف، والنصف الثاني الذي كان لأخيها لموالي أبيه وموالي أبيه هو وإخوته فلها نصف نصفه وهو الربع، فيصير لها ثلاثة أرباع المال والربع الباقي يكون لموالي أم الأخ إن كانت [أمه]²⁰⁹³ معتقة، وإن كانت حرة فليبيت المال. والله أعلم. وبهذا توجه المسألة الأخرى. والله أعلم.

ص: باب صح إيصاء حر ش: الوصايا جمع وصية، ورسمها عند الفقهاء قال في الشامل: والوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع. انتهى. ونقله في التوضيح وابن عبد السلام عن بعض الحنفية. قال ابن عبد السلام: على أنه لا يخلو عن مناقشات لا تخفى عليك. انتهى. وقال في

364

الحديث

2091 - في المطبوع ووقع وما بين المعقوفين من يحيى 501 وم 116 وسيد 48 ويم 152 وما يابى 255.

2092 - في المطبوع إذ وما بين المعقوفين من ن ذي ص 363 وم 116 ويم 152 ويحيى 501.

2093 - في المطبوع أمة وما بين المعقوفين من ما يابى 255 وسيد 48 ويم 152.

نص خليل وَإِنْ سَفِيهًا أَوْ صَغِيرًا.

متن الخطاب اللباب: الوصايا حقيقتها تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه. انتهى. ثم قال: الوصية حقيقتها إسناد النظر في أمر المحجور أو تنفيذ وصية لثقة مأمون. انتهى. ورسمها ابن عرفة برسم شمل الإيضاء لشخص وإسناد الوصية إليه فقال: الوصية في عرف الفقهاء لا الفراض عقد يوجب حقا في ثلث عاقده [يلزم²⁰⁹⁴] بموته أو [نيابة²⁰⁹⁵] عنه بعده. انتهى. ولا يخفى صدق هذا الرسم على التدبير. والله أعلم. وحكم الوصية قال ابن [راشد²⁰⁹⁶] في كتاب الوصايا: حكمها النذب على الجملة، وقال منذر بن سعيد هو فرض وحكمة مشروعيتها تقوية الزاد إلى المعاد. انتهى. وقال في كتاب الوصايا: حكمها الوجوب وحكمة مشروعيتها الرفق بالمحجور وحفظ ماله عليه. انتهى. وقال [في كتاب الوصية²⁰⁹⁷] في الشامل: هي [مستحبة²⁰⁹⁸] إلا لمن عليه [حق²⁰⁹⁹] له بال فتجب. انتهى.

ص: وإن سفيها ش: مولى عليه أو غير مولى. قال في التوضيح: وإذا ادان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك إلا أن يوصي به فيجوز في ثلثه، وقال ابن كنانة إن سمى ذلك ليقضى من رأس ماله ولم يجعله في ثلثه لم يجز على ورثته، وإن أوصى به على وجه الوصايا فهو مبدأ على وصاياه، ولا بن القاسم إذا باع المولى فلم يرد ببيعه حتى فات أنه ينفذ بيعه. ابن زرقون: فعلى هذا يلزمه الدين بعد موته فتأمل. انتهى. وعلى الأول اقتصر في الشامل فقال أو مولى عليه وإن فيما ادان بغير إذن وليه. انتهى.

ص: وصغيرا ش: اختلف في السن الذي تجوز وصية [الصبي²¹⁰⁰] فيه فقال في المدونة: وتجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها، وروى ابن وهب أن أبا بن عثمان أجاز وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع. انتهى. وهذا القول هو الذي صدر به في التوضيح والشامل، وعليه اقتصر صاحب اللباب، ونصه: وتصح من ابن عشر سنين فما فوقها لأنه مميز. انتهى.

فرع: قال ابن عبد السلام: قال أشهب إذا أوصى الصبي بوصية وجعل إنفاذها إلى غير الوصي فذلك إلى وصيه.

قلت: هذا مما ينظر فيه فإن نظر الوصي ينقضي بموت الصبي، ألا ترى أن جرح الصبي ينظر فيه وليه وديته إذا قتل ليس للوصي فيها نظر، وإنما هو للورثة إلا أن يقال ملك الصبي للدية بعد موته متعذر وتنفيذ الوصية بعد موته إنما يكون على تقدير ملكه والوصي هو الناظر في أملاك الصبي وهذا منها؟ انتهى. ونقله في التوضيح فقال: قال أشهب ومن أوصى بوصية وجعل إنفاذها إلى غير الوصي

الحديث

- 2094 - في المطبوع يلزمه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 364 ويحيى ص 158 وم ص 116 ويم ص 131 ومايaby 256.
- 2095 - في المطبوع نيابته وما بين المعقوفين من ن ذي ص 364 وم 116 ويم 152 ويحيى 501.
- 2096 - في المطبوع رشد وما بين المعقوفين من سيد 48 ومايaby 256.
- 2097 - ساقط من المطبوع ومايaby 256 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 364 ويحيى ص 158.
- 2098 - في المطبوع مستحقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 364 ويحيى ص 159 وم ص 117 ويم 131 ومايaby 256.
- 2099 - في المطبوع تعلق وم ص 117 ومايaby 256 ويم ص 131 ويحيى ص 159 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 364.
- 2100 - في المطبوع الوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 364 ويحيى ص 159 ويم 132 ومايaby 256.

وَهَلْ إِنْ لَمْ يَتَنَاقَضْ قَوْلُهُ أَوْ أَوْصَى بِقَرَبَةٍ تَأْوِيلَانِ.

متن الخطاب

365

فذلك إلى وصيه، ثم ذكر كلام ابن عبد السلام المتقدم، وانظر قوله من أوصى هل يريد من الصبيان، أو من المولى عليهم مطلقاً؟ فتأمل. والله أعلم. وانظر الرجراجي في المسألة السادسة من كتاب الوصايا الأول فإنه تكلم على حكم ما إذا أوصى المحجور عليه لعارض الطفولية أو لعارض السفه بوصية وجعل تنفيذها لغير وصيه وأطال في ذلك، وفي البرزلي وسئل ابن أبي زيد عمن أسند وصيته إلى رجل وفي الوصية بنات فماتت واحدة بعد دخول بيتها بشهر وتركت زوجاً وعصبة وأوصت بصدقة للفقراء فهل ينفذها الوصي أو الورثة؟ فأجاب: إن لم توص بذلك لأحد فذلك لوصي أبيها إن كان مأموناً وإن أوصت بذلك لأحد فهو أولى.

قال البرزلي: قلت هذا جار على بقاء النظر بعد موت المحجور على من له عليه ولاية ومن يقول لا نظر له في أولاده يرجع الأمر في ذلك إلى من يقدمه القاضي. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: قال أشهب من أوصى لبكر بمائة ولا ولي لها فدفعت الورثة ذلك إليها بغير إذن الإمام فقد برئوا، واختار اللخمي إن كان لها وصي أن لا تدفع إلا إليه إلا أن يعلم أن الميت أراد دفع ذلك إليها لتتسع في مطعم وملبس فيدفع إليها. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة، وظاهره أن المولى عليه إذا أوصى له بشيء فدفعت الوصية ذلك إليه ولم يدفعه إلى وليه فلا ضمان عليه فتأمل. والله أعلم.

ص: وهل إن لم يتناقض أو أوصى بقربة تأويلان ش: قال في المدونة: وتجاوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية [وذلك²¹⁰¹] إذا لم يخلط. انتهى. قال في التوضيح: فسر اللخمي عدم الاختلاط بأن يوصي بما فيه قرابة لله تعالى أو صلة رحم، فأما إن جعلها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا تمضي. انتهى. وعبارة اللخمي في تبصرته والصبيان يختلف تمييزهم وإدراكهم، فمن علم أن عنده تمييزاً جازت وصيته إذا أصاب وجه الوصية فيوصي بما هو قرابة لله سبحانه وتعالى أو صلة رحم، [فأما²¹⁰²] أن يجعلها لمن يستعين بها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا تمضي. انتهى. فعلم أن مفهوم قوله: "قرابة" أعم من أن تجعل فيما لا يحل أو يوصي بها لمن يستعين بها على ما لا يحل. والله أعلم. وهذا هو التأويل الثاني في كلام المصنف، والأول لأبي عمران.

تنبيه: قال المشذلي في حاشيته على المدونة في هذا المحل: سئل ابن عبد السلام عن صبي يزيد على عشر سنين أوصى بثلثه لقوم فبعد وفاته قام عصبته على الموصي لهم وقالوا النصبي لم يعقل القرابة ولم يميز بين الحسنات والسيئات فوصيته باطلة، وقال الموصي لهم بل يعقل ويميز فعلى من الإثبات فقال يسأل شهود الوثيقة، فإن قالوا نعلم أنه مميز أو ثبت ذلك بغيرهم صحت الوصية، فإن عجز الموصي لهم عن إثبات ذلك لم تنفذ الوصية.

2101 * - لفظ التهذيب، ج4 ص251 وذلك إذا لم يكن فيها اختلاط.

2102 - في المطبوع وأما ويم ص132 وما بين المعقوفين من ن ذي ص365 ويحيى ص160 وم ص117 وما يابى 257.

وَكَاْفِرًا إِلَّا يَكْخَمَرُ لِمُسْلِمٍ لِمَنْ يَصِحُّ تَمْلُكُهُ كَمَنْ سَيَكُونُ إِنْ اسْتَهْلَ وَوُزِعَ لِعَدَدِهِ.

نص خليل

قلت: فحاصل [هذا]²¹⁰³ [الجواب الظريف أن الموصى له مدع؛ لأن الأصل عدم التمييز ثم شبهها بنظائر فراجعها. والله أعلم.

ص: وكافر إلا بكخمر لمسلم ش: يعني أن وصية الحر المميز المالك تصح وإن كان كافرا، وظاهره أن وصيته جائزة للمسلم بكل شيء يملكه الكافر إلا بكخمر أو خنزير، [وأن]²¹⁰⁴ [وصيته للكافر تصح مطلقا؛ أي بكل شيء حتى بالخمير والخنزير، أما الأول فهو صريح كلامه وكلام ابن الحاجب، وأما الثاني فهو مفهوم كلامه، وقال في التوضيح إنه مفهوم كلام ابن الحاجب وابن شاس، ونص ابن الحاجب: وتصح من الكافر إلا بمثل خمير لمسلم قال في التوضيح [أي]²¹⁰⁵ [وتصح الوصية من الكافر لأنه حر مالك مميز إلا أن يوصي لمسلم بما لا يصح ملكه من خمير ونحوه، ومفهوم قوله: "لمسلم" وهو [مفهوم]²¹⁰⁶ [كلام ابن شاس أنه لو أوصى بذلك لكافر لصحت وصيته، وهو ظاهر لأنه أوصى بها لمن يصح ملكه لها، ولم أر في ذلك نصا.

وقد يؤخذ ذلك مما لابن القاسم في العتبية في نصراني أوصى بجميع ماله للكنيسة ولا وارث له قال يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين. انتهى. ومسألة العتبية في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا، وظاهر كلامهم أن وصية الكافر تصح للكافر مطلقا ذميا أو حربيا ولم أر من صرح به، وسيأتي ما في وصية المسلم للحربي. والله أعلم.

366

ص: كمن سيكون إن استهل ش: قال في الوصايا الأول: ومن أوصى لحمل امرأة فأسقطته بعد موت الموصي فلا شيء له إلا أن يستهل صارخا. انتهى. قال في أواخر [كتاب]²¹⁰⁷ [الوصايا الثاني: [ومن قال]²¹⁰⁸ [ثلاثي لولد فلان وقد علم أنه لا ولد له جاز [فينتظر]²¹⁰⁹ [أيولد له، وسيأتي]²¹¹⁰ [ما فيه من التفصيل بين الذكر والأنثى [و]²¹¹¹ [إن لم يعلم أنه لا ولد له فذلك باطل. انتهى. وقال اللخمي في آخر الوصايا الثاني: وإن أوصى لولد فلان ولا ولد له وله حمل حملت الوصية على أنها لذلك الحمل، فإن ولد كانت الوصية له، وإن أسقطته أو ولدته ميتا سقطت الوصية ولا شيء لمن يولد بعد، وإن لم يكن حمل والموصي يظن أن له ولدا سقطت الوصية، وإن كان عالما حملت الوصية على من يولد بعد، وإن كثروا، فإن ولد [له]²¹¹² [ولد تجر له بذلك المال، ثم كذلك

الحديث

- 2103 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 502 وسيد 49 ويم 153 وم 117 ومايaby 257.
2104 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ومايaby 257 ويحيى ص 160 (وم ص 117 فلان وصيته) ويم 132.
2105 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 ومايaby 257.
2106 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 ومايaby 257.
2107 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366.
2108 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 ويم 132 ومايaby 257.
2109 * - في المطبوع ينظر وما بين المعقوفين من ن ذي ص 366. وفي مايaby 257 ويم 153 وينتظر.
2110 - في المطبوع ويحيى ص 160 ويم ص 132 وم ص 117 له أم لا وسياتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ومايaby 257 (له ويساوي فيه بين).
2111 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 366 مت 153 يحيى 502.
2112 - ساقطة من المطبوع ومايaby 257 وم ص 117 ويم 153 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160.

نص خليل بَلَفْظٍ أَوْ إِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ.

متن الخطاب كلما ولد له ولد تجر له مع الأول ومن بلغ التجر تجر لنفسه، فإن خسر فيه أو ضاع له منه شيء في حين تجره للصغير لم يضمن؛ لأن الصغير لا تعمّر ذمته بذلك وقد رضي الموصي بالوصية له على ما توجبها الأحكام في الضمان وإن بلغ وتجّر لنفسه ضمن الخسارة والتلف. انتهى. ونقله أبو الحسن، ونقل نحوه عن التونسي، ونصه: [أبو اسحاق: ²¹¹³] لو قال لولد فلان ولا ولد له يوم أوصى وهو يعلم بذلك ثم ولد له لانبغى أن يحبس ذلك حتى يكبر فينتفع به ويوقف لغيره حتى ينتفعوا به لأنه لما لم يكن ولد يوم أوصى فكأن الموصي أراد الإيصاء إلى جملة من يولد لفلان فلا يختص بالانتفاع به بعضهم دون بعض حتى ينقضوا فيكون لورثتهم كلهم، وقد حكى عن بعض الناس أن أول ولد يولد لفلان يأخذ ذلك [بتلا، ²¹¹⁴] والأول أبين. انتهى من أبي الحسن.

تنبيهان: الأول: ظاهر كلامهم أن الموصى به يوقف إلى أن يؤيس من وجود الموصى لهم ولم أر الآن من صرح بذلك. والله أعلم.

الثاني: إذا أوصى لولد فلان ولا ولد له فادعى فلان أن [الموصي ²¹¹⁵] يعلم ذلك وادعى الورثة أن الموصي يظن أن له ولدا فهل القول قول الوارث، أو قول فلان؟ لم أر فيه نصا أيضا، والظاهر أن القول قول الورثة فانظر ذلك، وانظر أيضا إذا لم يعلم الورثة وفلان أن الموصي كان يعلم ذلك أو لا يعلمه هل يحمل على العلم أو عدمه؟. والله أعلم.

ص: بلفظ أو إشارة مفهومة ش: قال ابن عرفة: الصيغة ما دل على معنى الوصية فيدخل اللفظ والكتب والإشارة، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه} [ابن شاس: كل لفظ فهم منه قصد الوصية بالوضع أو بالقرينة حصل [الاكتفاء به. ²¹¹⁶] ابن الحاجب: كل لفظ وإشارة يفهم منها قصد الوصية.

قلت: فيخرج عنها الكتب الشيخ عن أشهب في الموازية لو قرؤوها وقالوا نشهد بأنها وصيتك فقال نعم، أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز [انتهى ²¹¹⁷]. قال ابن عبد السلام: وتعقب على ابن الحاجب تفسير الصيغة بالإشارة فإن الإشارة من الأفعال، والصيغة من [عوارض ²¹¹⁸] الأقوال، وهو صحيح لو كان المراد بها ما يريده النحويون، أما إذا كان مراده بالصيغة ما يدل على مراد الشخص، وجعل ذلك حقيقة عرفية في هذا الفن ولا [سيما ²¹¹⁹] على رأي المالكية في كثير من أبواب الفقه فلا مشاحة. انتهى.

1- مالك في الموطأ، كتاب الوصية، ط. دار الفجر، رقم الحديث 1492.

الحديث

2113 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 وما يابى 258.

2114 - في المطبوع بتا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 وما يابى 258.

2115 - في المطبوع الوصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 وم ص 117 ويم 132 وما يابى 258.

2116 - في المطبوع إلى اكتفائه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 ويم 132 وما يابى 258.

2117 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يم 153 وما يابى 258 وسيد 48.

2118 - في المطبوع العوارض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى ص 160 وم ص 118 وما يابى 258 (ويم 132 من عوارض وهو صحيح).

2119 - في المطبوع يسمى وما بين المعقوفين من تصحيحات عدود ووافقه متالي ويحيى وما يابى 258 مك 118.

نص خليل

وَقَبُولُ الْمُعَيَّنِ شَرْطٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَالْمَلِكُ لَهُ بِالْمَوْتِ وَقَوْمٌ بَعْلَةٌ حَصَلَتْ بَعْدَهُ وَلَمْ يَحْتَجْ رِقٌّ لِإِذْنٍ فِي قَبُولِهِ كَأَيَّاسٍ بِعَيْتِهِ وَخَيْرَتُ جَارِيَةِ الْوَطِيِّ وَلَهَا الْإِنْتِقَالُ.

متن الخطاب

367 ص: وقبول المعين شرط بعد الموت فالملك له بالموت ش: هذه نحو عبارة ابن الحاجب قال/ في التوضيح في شرحها؛ أي وقبول الموصى له المعين للوصية شرط في وجوبها له لأنها أحد أنواع العطايا فاشتراط فيها القبول كالهبة وغيرها. انتهى. وظهره أنه إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية لم يكن لورثته قبولها، وهو خلاف مذهب المدونة، وقال في الجواهر: إن مات الموصى له بعد الموصي لا ينتقل حق القبول للوارث. قاله الشيخ أبو بكر يعني الأبهري. وقال القاضي أبو محمد ينتقل. انتهى. وما قاله [القاضي²¹²⁰] هو مذهب المدونة قال في الوصايا الأول: وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي فالوصية لورثة الموصى له علم بها أم لا ولهم أن يقبلوها كشفعة له أو خيار في بيع ورثه. انتهى. ونحوه في الوصايا الثاني.

قال ابن عرفة: قال عياض: هذا بين لأن مذهبه في الكتاب أنها لا تحتاج لقبول الموصى له قبل موته ولا علمه لأن قبولها حق يورث عنه، وذكر الأبهري أنها تحتاج لقبول الموصى له وإنما تكون لورثته إذا قبلها ومتى لم يقبل سقط حقهم فيها ورجعت لورثة الموصي، وقيل إنها حق يثبت للميت يورث [عنه²¹²¹] على كل حال وليس لورثته رده ولا يحتاج إلى قبول. قال ابن عرفة: قلت: فهي ثلاثة أقوال. انظر بقية كلامه ومناقشة ابن عبد السلام.

فرع: ولو تراخى القبول عن الإيجاب لم يضر. قال في الذخيرة: ولا يشترط فيه أي القبول الفور بعده قياساً على الهبة.

فرع: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وإجازة الورثة في الصحة من غير سبب ما نصه: قال ابن الحاجب: انظر على ما في الموطأ لو أوصى رجل لرجل بمال فلم يقبل ذلك الموصى له في صحة الموصي ورده ثم مات الموصي ورجع الموصى له إلى قبول المال فذلك له لأنه لم تجب له الوصية إلا بعد موت الموصي. انتهى.

فرع: فإن مات الموصى له قبل موت الموصي قال في الوصايا الثاني: بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا، ثم قال مالك: يحاص بها ورثة الموصي أهل الوصايا في ضيق الثلث ثم [تورث²¹²²] تلك الحصة وأكثر الرواة أنهم يحاصون بها إن لم يعلم بموته ولا يحاصون بها إن علم، وقاله مالك أيضاً. انتهى.

ص: ولم يحتج رق لإذن في قبول ش: قال ابن الحاجب: وللمأذون له أن يتصرف في الوصية والهبة ونحوهما ويقبلهما بغير إذن السيد، وكذلك غير المأذون، وله نحو ذلك في الوصايا. قال في التوضيح: قوله ونحوهما كالصدقة وله أن يقبل ذلك بغير إذن السيد وأقيم من المدونة أنه ليس للسيد أن يمنعه من قبول الهبة، وقوله: "وكذلك غير المأذون" التشبيه راجع إلى القبول فقط؛ لأن التصرف إنما يكون للمأذون إلا أن يكون الواهب أو الموصي شرط في هبته أو وصيته أن لا حجر عليه فيها

الحديث

2120 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في مايي 258 ويم 154 وسيد 49.

2121 - في المطبوع عنقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 ومايي 258.

2122 - في المطبوع يرث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 ومايي 259.

نص خليل وَصَحَّ لِعَبْدٍ وَارَثَهُ إِنْ اتَّحَدَ أَوْ بَتَّافِهِ أُرِيدَ بِهِ الْعَبْدُ وَلِمَسْجِدٍ وَصَّرَفَ فِي مَصَالِحِهِ وَلَمَيَّتْ عِلْمَ بَمَوْتِهِ فِي دِينِهِ أَوْ وَارَثَهُ وَلِذِمِّي وَقَاتِلَ عِلْمَ الْمُوصِي بِالسَّبَبِ إِلَّا فَتَاوِيلَانَ وَبَطَلَتْ بَرِدَّتِهِ وَإِصَاءٌ بِمَعْصِيَةٍ وَلَوَارِثٌ.

متن الخطاب فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه كما قاله بعضهم في السفه والصغير. قاله ابن عبد السلام. انتهى بالمعنى.

تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: خليل: لو قيل للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ونحوها كان حسنا للمنة التي تحصل على السيد. انتهى. وهو ظاهر. والله أعلم.

الثاني: قال في النوادر: قال علي عن مالك في عبد أوصى له بشيء فأبى قبوله [فلسيده أن يكرهه²¹²³] على قبوله. انتهى. وقال في سماع سحنون: قال مالك في العبد يتصدق عليه فيأبى أن يقبل أن للسيد أن يأخذ ذلك وإن [أبى²¹²⁴] الذي تصدق بها إذا قال إنما أردت العبد [فإذا²¹²⁵] لم يقبل فلا. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه لأن العبد لو قبض الصدقة كان لسيده أن ينزعها منه فهو أحق بقبول ما تصدق به عليه. وبالله التوفيق. انتهى.

ص: وصحت لعبد وارثه إن اتحد أو بتافه أريد به العبد ش: قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة: ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه كالثوب ونحوه مما يريد به ناحية العبد لا نفع سيده كعبد كان قد خدمه ونحوه، وإن أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز ولا ينتزع ذلك الابن/ منه، وإن أوصى لعبد نفسه بمال كان للعبد إن حملة الثلث وليس لوارثه انتزاعه منه ويباع بماله ولن اشتراه انتزاعه، وإن أوصى لعبد أجنبي بمال فلسيده انتزاعه. انتهى.

ص: وليت علم بموته إلى آخره ش: نحوه في النوادر قال: وهذا إذا جهل أمر [الوصية،²¹²⁶] فأما إن علم أمرها إلا أنها زكاة فرط فيها فلا شيء لورثة الميت فيها ولا [للدين²¹²⁷] عليه وليتصدق بها في وجه الزكاة كمن أوصى بزكاته لمن ظنهم فقراء وهم أغنياء. انتهى. وقال في باب قبله: فإن كان ورثة الموصى له فقراء فهم أحق بها. انتهى.

ص: وبطلت بردة ش: قال في المسائل الملقوطة: وبطلت الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي وبالرجوع فيها بالقول والفعل وبالردة من أحدهما أو بقتل الموصى له الموصي. انتهى. وانظر الشيخ أبا الحسن الصغير.

ص: ولوارث ش: يعني أن الوصية تبطل إذا كانت للوارث يريد إلا أن يجيز ذلك الوارث، وإنما خالف قول ابن الحاجب: "وتجوز للوارث وتوقف على إجازة الورثة" لأنه مشى على أن إجازة الوارث عطية، وقد قال في توضيحه إنه لا يحسن على هذا القول أن يقال الوصية تصح للوارث.

الحديث

2123 - في المطبوع فلسيده الذي تصدق أن يكرهه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 ومايأبى 259.

2124 - في المطبوع يابى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 وم 118 ويم 154 ويحيى 503.

2125 - في المطبوع مت 154 مك 118 ومايأبى 259 (يحيى 503 فأما إذا لم...). وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367.

2126 - في المطبوع الوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 368 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 ومايأبى 259.

2127 * - في المطبوع للمدين وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايأبى 259.

نص خليل

كَغَيْرِهِ بِزَائِدِ الثَّلَاثِ يَوْمَ التَّنْفِيزِ وَإِنْ أُجِيزَ فَعَطِيَّةٌ وَلَوْ قَالَ إِنْ لَمْ يُجِيزُوا فَلِلْمَسَاكِينِ بِخِلَافِ الْعَكْسِ وَبِرُجُوعٍ فِيهَا وَإِنْ بَمَرَضٍ يَقُولُ.

متن الخطاب

تنبيهه: إذا قال الموصي أعطوا لفلان من الورثة سهمه كاملا وثلاث ما عدا ذلك لفلان فهذا من الوصية للوارث. قاله في البيان في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الوصايا وفرضها فيمن قال أعطوا لأمي سهمها في كتاب الله وثلاث [ما عدا ما ينتقص²¹²⁸] الثلاث بتوفر سهم أمي صدقة على فلان يريد أن يخرج الثلاث من جميع ماله ما عدا ما لأمه قال يخرج الثلاث للموصى له على حال ما أوصى ثم تزداد الأم سهمها يضاف إلى بقية المال ويقسم على الورثة على كتاب الله تعالى، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: { لا وصية لوارث¹ }
ص: كغيره بزائد الثلاث ش: صورته ظاهر.

مسألة: قال في معين الحكام في كتاب الوصايا: وإذا قال الموصي يخرج ثلاث ما خلفه فيفعل به كذا وكذا لأشياء عدها فإذا أخرج منه ما ذكر وفضلت من الثلاث فضلة فقيل ينفذ ذلك في الفقراء والمساكين لقوله يخرج جميع ثلثي وقيل إن البقية ترجع ميراثا. قال بعض الموثقين: وبالأول جرى العمل. انتهى. وقال بعده بنحو الورقة: مسألة فإن أغفل الموثق أن يقول في الوصية وما فضل عن الثلاث جعله الناظر حيث يراه إذا ذكر أولا أنه أوصى بجميع ثلثه ففي ذلك قولان؛ أحدهما أنه ينفق في الفقراء والمساكين. قال بعض الموثقين: وبه جرى العمل،/ والقول الثاني أن البقية ترجع ميراثا.

369

ص: وإن أُجِيزَ فَعَطِيَّةٌ ش: أي فإن كان الوارث المجيز عليه دين محيط فلغرمائه رد ذلك وإن قلنا إِنَّ فَعَلَهُ [تنفيذ²¹²⁹] فليس لغرمائه الرد، واختلف إذا أجاز الوارث ولا دين عليه فلم يقبض ذلك الموصى له حتى استدان الوارث أو مات فقال في كتاب محمد: غرماء الوارث [وورثته²¹³⁰] أحق بها لأنها هبة لم تحز، وقال أشهب يبدأ بوصية الأب قبل دين الابن. قال ابن عرفة: والأول أحسن، وأظنه أنه ناقل له عن ابن القصار.

ص: وبرجوعه فيها وإن بمرض ش: قال في التوضيح: قال في الوثائق المجموعة: إذا قال اشهدوا أنني قد أبطلت كل وصية تقدمت فإنها تبطل إلا وصية قال لا رجوع لي فيها فإنها لا تبطل حتى ينص عليها. انتهى. ونقله في الشامل، وذكر المشدالي في حاشيته على المدونة في كتاب الوصايا الأول خلافا عن الشيوخ فيما إذا التزم عدم الرجوع عن الوصية، ونقل عن ابن عرفة أنه قال في مختصر الحوفية: فلو التزم عدم الرجوع لزمه على الأصح، وفي بعض النسخ على المشهور، وفي مختصره الفقهي: فلو التزم عدم الرجوع ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس ابن علوان ثالثها إن كانت بعق.

ص: بقول ش: يعني أن الدال على الرجوع إما قول أو فعل، والفعل يكون بأحد وجهين أحدهما ما ينقل الملك [أو²¹³¹] يمنع من نقله كالبيع والعق والاستيلاد، والثاني أن يفعل فعلا يبطل

الحديث

1- الترمذي في جامعه، كتاب الوصايا، رقم الحديث 2128. - والنسائي في سننه، كتاب الوصايا، رقم الحديث 3640.

2128 - في المطبوع ما عدا ذلك فينتقص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 368 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 وما يابى 260.

2129 - في المطبوع ينفذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 ويحيى ص 161 وم ص 118 ويم 133 وما يابى 260.

2130 - في المطبوع ورثته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 ويحيى ص 161 وم ص 119 ويم 133 وما يابى 260.

2131 - في المطبوع ويمنع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 133 وما يابى 260.

نص خليل

أَوْ بَيْعٍ وَعَتَقٍ وَكِتَابَةٍ وَإِيلَادٍ وَحَصْدٍ زَرْعٍ وَنَسْجٍ غَزَلٍ وَصَوْعٍ فِضَّةٍ وَحَشْوٍ قُطْنٍ وَدُبْحٍ شَاةٍ وَتَفْصِيلٍ شُقَّةٍ.

متن الخطاب

[اسم²¹³²] الموصى به. انتهى.

ص: أو بيع ش: قال في الشامل: إلا أن يشترطه ثانيا على المعروف بخلاف مثله، وهو معنى قول المصنف بعد هذا: "أو بثوب فباعه [واشتراه²¹³³] بخلاف مثله".

ص: وكتابة ش: قال في الشامل: ولا تعود لعجز على المنصوص، وقال في التوضيح: ينبغي إذا عجز المكاتب في حياة السيد أن تعود الوصية فيه كما يعود في [المبيع²¹³⁴] الموصى به على أحد القولين، وها هنا أولى لأن الكتابة لا تنقل الملك. انتهى. وقال ابن عرفة: قال ابن شاس الكتابة رجوع ولم أجدها لغير الغزالي وأصول المذهب توافقه لأن الكتابة إما بيع أو عتق وكلاهما رجوع وهي في البيع الفاسد فوت. هذا إن لم يعجز، وإن عجز فليس بفوت. انتهى من ابن غازي. فجزم ابن عرفة بأنها ليست بفوت مع العجز كما بحثه الشيخ خليل فتأمله. والله أعلم.

ص: وحصد زرع ش: ظاهره أن الحصد وحده كاف في الرجوع، وقال ابن الحاجب: وإن درس الحب وكاله وأدخله بيته فرجوع بخلاف الحصاد وجز الصوف وجذاذ الثمرة. قال في التوضيح: يعني أن من أوصى بزرع فحصده وزرعه وكاله وأدخله بيته فذلك رجوع لأنه أبطل اسم الزرع ونقله إلى اسم القمح بخلاف جز الصوف وجذاذ الثمرة فإنه لم ينقل الملك ولا أبطل اسمه فلا يعد رجوعا ولو أدخلها بيته، ومسألة درس القمح هو نص قول ابن القاسم في المجموعة، وقال الباجي [ينتقل²¹³⁵] بالحصاد والدراس.

قال: وقوله أدخله بيته [تأكيد²¹³⁶] لقصده، وكذلك قوله اكتاله إنما يريد بلغ حد الاكتيال. انتهى. وقال في الشامل: وحصد زرع مع درسه. انتهى.

وقال ابن عرفة: الشيخ لابن القاسم في المجموعة إن أوصى بزرع فحصده أو بصوف فجزه فليس برجوع إلا أن/ يدرس القمح ويكتاله ويدخله بيته، ثم ذكر بقية كلام الباجي.

ص: وحشو قطن ش: قال في التوضيح: وينبغي أن يقيد حشو القطن بما إذا حشي في الثياب، وأما إذا حشي في المخدة ونحوها فلا. انتهى.

قال في الشامل: وحشو قطن في ثوب ونحوه. انتهى.

ص: وتفصيل شقة ش: احترز بقوله: "شقة" مما إذا أوصى له بثوب ثم قطعه قميصا إذ القميص يسمى ثوبا. قال في الشامل: وتفصيل شقة لا إن قال ثوبي هذا ثم قطعه قميصا أو لبسه في مرضه إذ القميص يسمى ثوبا. انتهى.

370

الحديث

2132 - في المطبوع ومايأبى 260 رسم ويحيى ص 162 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 وم ص 119 ويم 133.
2133 - في المطبوع أو اشتراه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 133 ومايأبى 260.
2134 - في المطبوع ويحيى ص 162 والبيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 369 وم ص 119 ويم 133 ومايأبى 260.
2135 * - في المطبوع ينقل وما بين المعقوفين من يحيى 504 وسيد 49 وم 119 ويم 154 ومايأبى 261.
2136 * - في تأكيدا وما بين المعقوفين من يحيى 504 وسيد 49 وم 119 ويم 154 ومايأبى 261.

نص خليل

وَإِصْءَاءٌ بِمَرَضٍ أَوْ سَفَرٍ انْتَفِيَا قَالَ إِنْ مِتُّ فِيهِمَا وَإِنْ بَكْتَابٍ وَلَمْ يُخْرِجْهُ أَوْ أَخْرَجْهُ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ بَعْدَهُمَا وَلَوْ أَطْلَقَهَا لَا إِنْ لَمْ يَسْتَرَدَّهُ.

متن الخطاب

ص: وإيصاء بمرض أو سفر [انتفيا]²¹³⁷ قال إن مت فيهما وإن بكتاب ولم يخرججه أو أخرجه ثم استرده بعدهما ش: أي وكذلك تبطل الوصية إذا كانت في المرض أو عند سفر أرادته ثم زال المرض والسفر، وهذا معنى قوله انتفيا والحال أنه قال في وصيته إن مت من مرضي أو في سفري، وسواء أشهد على ذلك ولم [يكتبه]²¹³⁸ في كتاب أو كتبه في كتاب ولم يخرججه من يده أو أخرجه ثم استرده، أما إذا أشهد على ذلك ولم يكتبه في كتاب فلا خلاف أن الوصية تبطل إذا زال المرض أو السفر، ولا خلاف أنها تصح إذا حصل الموت فيهما، وأما إذا كتبها في كتاب ولم يخرججه من يده فقال المصنف إنها تبطل [أيضا]²¹³⁹ بزوال المرض والسفر، وظاهره سواء كان أشهد في الكتاب أو لم يشهد أما إذا أشهد عليها فحكى في التوضيح عن الباجي في ذلك روايتين، وكذلك ذكر ابن رشد في البيان، لكن قال في التوضيح عن الباجي [إن]²¹⁴⁰ القول بعدم إنفاذها هو مشهور قول مالك من رواية ابن القاسم وغيره، وهو خلاف ظاهر كلام المصنف وابن الحاجب فإنهما حكما إذا لم يخرج الكتاب بالبطلان، وظاهر كلامهما ولو كان أشهد عليهما، وأما إذا لم يشهد فقال في التوضيح عن العتبية والمجموعة إنه لا يجوز ذلك ولو شهد عدلان أن ذلك خطه حتى يشهدهما [عليها]²¹⁴¹. قال: وقد يكتب ولا يعزم، وتأولها عياض وقال: معناه إذا كتبها ليشهد فيها، وأما إذا كتبها بخطه وقال إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي فلينفذ ذلك إذا عرف أنه خطه كما لو أشهد. انتهى كلام العتبية الذي ذكره في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا. ويريد أن تلك الوصية لا تجوز ولو مات في مرضه ذلك أو سفره إذا لم يخرجها ولم يشهد، إلا أن يكتبها ويقول إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي فلينفذ على ما تأول عليه القاضي عياض مسألة العتبية، لكنها إذا قيدها بمرضه أو سفره فإنما تنفذ إذا مات فيهما، وأما إذا لم يمت فيهما فيأتي فيها الخلاف لأنه جعلها بمنزلة ما لو أشهد فيها، و[قد]²¹⁴² تقدم الخلاف في ذلك فتأمله، وأما إذا كتب وصيته في كتاب وأخرج الكتاب من يده ثم استرده بعد زوال المرض والسفر فلا خلاف في بطلان الوصية. /

371

ص: ولو أطلقها لا إن لم يسترده ش: لما ذكر أنه إذا كانت الوصية مقيدة بمرض أو سفر وكتبها في كتاب وأخرجها من يده ثم استرده أنها تبطل ذكرها هنا أنها تبطل أيضا إذا كانت مطلقة أي غير مقيدة بمرض أو سفر وكتبها في كتاب وأخرجها ثم استرده من يد من جعلها عنده، وقال في التوضيح: وحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها، وذكر عياض أن ابن شبلون وغيره تأولوا الكتاب على ذلك، وأن ظاهر تأويل أبي محمد [أنه]²¹⁴³ إنما يضر استرجاع المقيدة لا المبهمة، وأن أبا عمران تردد في ذلك. انتهى. واقتصر في البيان على حكاية البطلان، ولم يصرح بنفي الخلاف، وظاهر كلام

الحديث

2137 - في المطبوع انتفيا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 370 يم 154 يحيى 504 يم 155 م 119.

2138 - في المطبوع يكتب وما بين المعقوفين من ما يابى 261 وسيد 49.

2139 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 370 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 155 وما يابى 261.

2140 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 370 ويحيى ص 1624 وم ص 119 ويم 155 وما يابى 261.

2141 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ما يابى 261 وسيد 49 ويم 155.

2142 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 370 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 155 وما يابى 261.

2143 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 370 ويحيى ص 162 وم ص 119 ويم 155 وما يابى 262.

نص خليل أَوْ قَالَ مَتَى حَدَّثَ الْمَوْتُ أَوْ بَنَى الْعَرْصَةَ وَاشْتَرَكَا.

متن الخطاب المصنف أنه مشى على ذلك، ولكن في قول المصنف: "ولو أطلقها" بعض قلق لأنه فرض أولاً في المقيدة ثم بالغ في الإطلاق، ولو شبه المطلقة بالمقيدة فقال كأن أطلقها لكان أبين وأحسن. انتهى. وقوله لا إن لم يسترده أي لا إن لم يسترد الكتاب بعد أن أخرجه فلا تبطل الوصية، وسواء كانت مطلقة أو مقيدة، ونقله في التوضيح وقاله في البيان.

ص: أَوْ قَالَ مَتَى حَدَّثَ الْمَوْتُ ش: يعني أن الوصية تمضي ولا تبطل إذا قال متى حدث الموت، وسواء قال ذلك في مرض أو سفر أو في صحة، وسواء مات في ذلك المرض أو السفر أو بعدهما، وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره فإنها تنفذ على كل حال متى مات إلا أن يكون كتبها في كتاب وأخرجه من يده ثم استرده فإنها تبطل كما تقدم.

تنبيه: قال الشارح: ومثل قوله متى حدث الموت قوله [متى مت أو ²¹⁴⁴] إن مت أو إذا مت، ونحوه في التوضيح قال: وسواء قالها في الصحة أو في المرض، ونصه: وإن أطلق الوصية فقال متى حدث الموت أو إن مت أو إذا مت فإنها ماضية، وظاهره يعني كلام ابن الحاجب سواء كتبها في كتاب أم لا استرجعها أم لا، أما إن لم يكتبها فقال غير واحد إنها نافذة أبدا لا ينقضها إلا تغييرها قالها في صحته أو في مرضه، وإن كانت بكتاب وأشهد فيه فهي ماضية بالاتفاق، سواء أقرها عنده إلى الموت أو جعلها على يد غيره حتى مات، وأما إن قبضها من يد من جعلها على يديه، سواء قبضها في الصحة أو في المرض فحكي صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها. انتهى.

ثم ذكر كلام عياض المتقدم عن ابن شبلون وتأويل أبي محمد فظاهره أنه إذا قال إن مت أو إذا مت وكان مريضا أنها تنفذ ولو صح من ذلك المرض، وهكذا قال في التنبيهات، ونصه: إذا كان إشهدا في غير كتاب في المبهمة فهي ماضية أبدا لا ينقضها إلا [تغيرها] ونسخها أشهد في مرضه أو صحته. انتهى. وهو خلاف ما قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم، ونصه: إن أوصى في صحته دون سفر ولا مرض فسواء قال فيها متى مت أو إذا مت، وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره تنفذ على كل حال متى مات إلا أن يسترجع الكتاب بعد أن وضعه عند غيره فتبطل بذلك وصيته، وكذلك إن أوصى في مرض أصابه [أو عند ²¹⁴⁵] سفر أرادته فقال في وصيته متى [ما مت، ²¹⁴⁶] وأما إن أوصى في مرض أصابه [أو ²¹⁴⁷] عند سفر أرادته لغزو فقال إن مت ولم يزد أو قال من مرضي هذا، وكذلك إن أوصى في [مرض ²¹⁴⁸] أصابه أو عند سفر أرادته لغزو فقال في وصيته إن مت في سفري هذا ولم يزد أو قال من مرضي هذا [أو سفري هذا ²¹⁴⁹] أو قال يخرج عني كذا وكذا ولم يذكر الموت بحال، فإن كان أشهد بذلك بغير كتاب لم تنفذ الوصية إلا

الحديث

2144 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 505 وسيد 49 وما يابى 262 وم 120.

2145 * - في المطبوع وعند وما بين المعقوفين من يحيى 505 وم 120.

2146 * - في المطبوع متى مات وما بين المعقوفين من يحيى 505 وم 120.

2147 - في المطبوع وما يابى 262 وما بين المعقوفين من ن ذى وعود ص 371 ويحيى ص 163 ويم 134.

2148 - في المطبوع مريض وما بين المعقوفين من ن عود ص 371 ويحيى ص 163 ويم 134 وما يابى 262.

2149 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 371 وم ص 120 ويم 134 وما يابى 262.

* - وفي يم وما يابى تغييرها.

نص خليل

كَأَيْصَائِهِ بِشَيْءٍ لَزِيدٍ ثُمَّ لِعَمْرُو وَلَا يَرَهْنَ وَتَزْوِجَ رَقِيقٍ وَتَعْلِيمِهِ وَوَطْءٍ وَلَا إِنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ فَبَاعَهُ كَثْيَابَهُ وَاسْتَحْلَفَ غَيْرَهَا أَوْ يَتُوبَ فَبَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخِلَافٍ مِثْلِهِ وَلَا إِنْ جَصَّصَ الدَّارَ أَوْ صَبَّغَ الثَّوبَ أَوْ لَتَ السُّوقَ فَلِلْمُوصَى لَهُ بِزِيَادَتِهِ وَفِي تَقْضِ الْعُرْصَةِ قَوْلَانِ وَإِنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى فَالْوَصِيَّتَانِ كَنُوعَيْنِ وَدَرَاهِمَ وَسَبَائِكَ وَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَإِلَّا فَأَكْثَرُهُمَا وَإِنْ تَقَدَّمَ وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِثُلْثِهِ عَتَقَ إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ وَأَخَذَ بَاقِيَهُ وَإِلَّا قَوْمٌ فِي مَالِهِ.

أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك [السفر وإن]²¹⁵⁰ كتب بذلك كتابا وضعه عند غيره نفذت [بكل حال متى ما مات،²¹⁵¹ وإن مات من غير ذلك المرض وفي غير ذلك السفر، واختلف قول مالك إن أقر [الكتاب]²¹⁵² عنده فمرة قال تنفذ على كل حال متى مات، ومرة قال لا تنفذ إلا أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر وجه الأول أن إبقاءه الكتاب بعد برئه وقدمه دليل على إلغائه [التقيد بهما،²¹⁵³ ووجه الثاني / [اعتبار ظاهر]²¹⁵⁴ لفظه، والأول أظهر من جهة المعنى، والثاني من جهة اللفظ، وكذا إذا قال وهو صحيح دون مرض أصابه ولا سفر أرادته إن مت في هذا العام فيخرج عني كذا وكذا وهو بمنزلة ما إذا قال إن مت في مرضي هذا أو سفري هذا. انتهى. والله أعلم.

ص: كَأَيْصَائِهِ بِشَيْءٍ لَزِيدٍ ثُمَّ لِعَمْرُو ش: يعني أن من أوصى بشيء لإنسان ثم أوصى به لآخر فإنهما يشتركان فيه، وكذلك لو أوصى لواحد بثلثه ثم أوصى لآخر اشتركا فيه وكذلك لو أوصى لواحد بالثلث ثم لآخر بالنصف أو بالجميع لاشتركا في الثلث على نسبة الأجزاء. والله أعلم.

ص: وَإِنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى فَالْوَصِيَّتَانِ ش: يعني أن من أوصى لشخص بوصية ثم أوصى له بوصية أخرى، فالوصيتان له؛ يعني والوصيتان من نوع واحد وهما [متساويتان]²¹⁵⁵ يدل على ذلك قوله وإلا فأكثرهما، وقوله كنوعين فعلم أن فرض المسألة أولا في كلامه فيما إذا كانتا من نوع واحد وهما متساويتان؛ لأن تشبيهه بالنوعين دل على أن الكلام الأول فيما كان من نوع واحد، وقوله: "فأكثرهما" دل على أن الكلام الأول فيما كان من نوع واحد مع التساوي، وقد قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو أوصى لواحد بوصية بعد أخرى من صنف واحد وإحدهما أكثر الوصيتين، وقول المصنف وإحدهما أكثر يخرج ما إذا كانتا متساويتين، وذكر الباجي في المتساويتين قولين مثل أن يوصي له بعشرة ثم بعشرة الأول لمالك وأصحابه له العددان جميعا، وحكى في المعونة أن له أحدهما لجواز التأكيد ابن زرقون وانظر قوله هذا مع قول مالك وأصحابه، وفي الموازية عن مالك من رواية ابن القاسم أن له أحدهما مثل قول عبد الوهاب. انتهى.

ص: وَإِلَّا فَأَكْثَرُهُمَا [وإن تقدم]²¹⁵⁶ ش: تصويره ظاهر.

الحديث

2150 - في المطبوع واختلف قول مالك إن أقر الكتاب (ويحيى ص 163 إن كتب) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 371 وم ص 120 وم 134 وسيد ومايaby 262.

2151 * - في المطبوع بكل حال نفذت وإن وما بين المعقوفين من يحيى 505 وسيد 49 وم 120 ومايaby 262 وم 155.

2152 - في المطبوع الكتابة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 371 وم 120 وم 155 ويحيى 505.

2153 * - في المطبوع التنفيذ لها وما بين المعقوفين من يحيى 505 وسيد 49 وم 120 ومايaby 262.

2154 - في المطبوع زائد ظاهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 371 ويحيى ص 163 وم 134 ومايaby 262.

2155 - في المطبوع متساويان وما بين المعقوفين من مايaby 262 وسيد 50.

2156 * - في المطبوع إن تقدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372.

نص خليل

وَدَخَلَ الْفَقِيرُ فِي الْمُسْكِينِ كَعَكْسِهِ وَفِي الْأَقَارِبِ وَالْأَرْحَامِ وَالْأَهْلِ أَقَارِبُهُ لَأَمَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ أَقَارِبُ لَأَبٍ وَالْوَارِثُ كَفَقِيرِهِ بِخِلَافِ أَقَارِبِهِ هُوَ وَأَوْثَرُ الْمُحْتَاجِ الْأَبْعَدُ إِلَّا لِيَبَيَّنَ فَيَقْدَمُ الْأَخُ وَابْنُهُ عَلَى الْجَدِّ وَلَا يُخَصُّ وَالزَّوْجَةُ فِي جِيرَانِهِ لَا عِبْدٌ مَعَ سَيِّدِهِ وَفِي وَلَدٍ صَغِيرٍ وَيَكْرُ قَوْلَانِ وَالْحَمْلُ فِي الْجَارِيَةِ إِنْ لَمْ يَسْتَتْنِيهِ وَالْأَسْفَلُونَ فِي الْمَوَالِي وَالْحَمْلُ فِي الْوَلَدِ وَالْمُسْلِمُ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ فِي عَبِيدِهِ الْمُسْلِمِينَ لَا الْمَوَالِي فِي تَمِيمٍ أَوْ بَنِيهِمْ وَلَا الْكَافِرُ فِي ابْنِ السَّبِيلِ.

متن الخطاب

مسألة: إذا قال أعطوا فلانا مائة ولم يقل مائة دينار ولا درهم فإن دل سياق كلامه على الدنانير أو الدراهم حمل عليه كأن يقول أعطوا فلانا مائة دينار ذهباً وفلانا مائة فتحمل على الذهب [أو²¹⁵⁷] أعطوا فلانا مائة درهم وفلانا عشرة فتحمل على الدراهم وإن لم يدل سياق كلامه على شيء فإنه يحمل على الغالب في البلد من الدنانير أو الدراهم، فإن لم يغلب أحدهما حمل على الأقل وهو الدراهم. قاله في رسم الصلاة من سماع يحيى وفي أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا قال: وفي معين الحكام وإن أوصى له بعين ولم يبين سكتها دفع له الأكثر جريانا فإن استوى جريهما دفع له الأقل إلا أن يتبين أنه أراد الأكثر وكذلك لو أوصى له بعدد أمداد من الطعام ولم يبين قمحا ولا شعيرا أجري الأمر على ما ذكر، وقال قبله بنحو الورقة: مسألة إذا ذكر الموصي في وصيته أن تنفذ وصيته من سكة كانت تجري [في تاريخ الوصية²¹⁵⁸] ثم توفي الموصي وقد انقطعت تلك السكة فإنها تنفذ وصيته من تلك السكة التي كانت تجري يوم الوصية إلا أن يقول في وصيته إنها تكون من النقد الجاري يوم تنفيذ الوصية فيكون كما عهد فإن وقعت الوصية مسجلة يعني مطلقة، ولم يشترط صفة فإنها تكون مما يجري يوم التنفيذ وذلك بخلاف الكوالية والدين. انتهى.

مسألة: قال في باب الوصايا من معين الحكام: إذا أوصى أن يعطى إناء ألفي مملوء دنانير أو دراهم فإن علم الناس أنه مما يدفع فيه ذلك أعطي بما فيه وإلا أعطي الإناء وحده، وكذلك لو أوصى بزرق ألفي مملوء عسلا أو سمنا دفع له بما فيه. انتهى.

ص: ودخل الفقير في المسكين كعكسه ش: تصوره واضح.

مسألة: قال القرطبي في تفسير: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ /

374

المسألة الرابعة: وهي فائدة الخلاف في الفقراء والمساكين هل هما صنف واحد أو أكثر فيظهر فيمن أوصى بثلاث ماله [لفلان و²¹⁵⁹] للفقراء وللمساكين [فمن²¹⁶⁰] قال هما صنف واحد قال يكون لفلان نصف الثلث وللفقراء والمساكين النصف الثاني، ومن قال هما صنفان قال يقسم الثلث بينهم أثلاثا. انتهى. وقال ابن عرفة: قول ابن شاس: يدخل الفقراء في لفظ المسكين والعكس. ظاهره ولو على عدم الترادف، وهو صواب إن كان الموصي عاميا، وإلا ففيه نظر. انتهى.

الحديث

2157 - في المطبوع وأعطوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 373 وم ص 120 ويم 134 وما يابى 263.

2158 - في المطبوع من تاريخ وما بين المعقوفين من يحيى 505 وسيد 50 وم 120 ويم 155 وما يابى 263.

2159 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى ص 163 ويم 135 وما يابى 263.

2160 - في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى ص 163 وم ص 120 ويم 135 وما يابى 263.

نص خليل

وَلَمْ يَلْزَمْ تَعْمِيمُ كَغَزَاةٍ وَاجْتِهَادٌ كَزَيْدٍ مَعَهُمْ وَلَا شَيْءٌ لَوَارِثِهِ قَبْلَ الْقَسْمِ وَضُرِبَ لِمَجْهُولٍ فَأَكْثَرَ بِالثَّلَاثِ وَهَلْ يُقَسَّمُ عَلَى الْجِصَصِ قَوْلَانِ وَالْمَوْصَى بِشِرَائِهِ لِلْعَتَقِ يَزَادُ لِلْثَلَاثِ قِيمَتُهُ ثُمَّ اسْتُؤْنِيَ ثُمَّ وَرِثَ وَبَيَّعَ مِمَّنْ أَحَبَّ بَعْدَ النَّقْصِ وَالْإِبَايَةِ وَاشْتَرَاءُ لِفُلَانٍ وَأَبَى بُحْلًا بَطَلَتْ وَلِزِيَادَةِ فَلِلْمَوْصَى لَهُ وَبَيَّعِهِ لِلْعَتَقِ نُقْصَ ثَلَاثُهُ وَإِلَّا خَيْرَ الْوَارِثِ فِي بَيْعِهِ أَوْ عِتَقَ ثَلَاثُهُ أَوْ الْقَضَاءُ بِهِ لِفُلَانٍ فِي لَهُ وَيَعْتَقُ عَبْدٌ لَا يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ الْحَاضِرِ وَقَفَ إِنْ كَانَ لِأَشْهُرٍ يَسِيرَةٍ وَإِلَّا عَجَلَ عِتَقَ ثُلْثَ الْحَاضِرِ ثُمَّ تَمَّ مِنْهُ وَلَزِمَ إِجَازَةُ الْوَارِثِ بِمَرَضٍ لَمْ يَصِحَّ بَعْدَهُ إِلَّا لِتَبَيُّنِ عُدْرٍ بِكَوْنِهِ فِي نَفَقَتِهِ أَوْ دَيْنِهِ أَوْ سُلْطَانِهِ إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ مَنْ يَجْهَلُ مِثْلَهُ أَنَّهُ جَهْلٌ أَنْ لَهُ الرُّدَّ لَا بِصِحَّةٍ وَلَوْ بِكَسْفٍ وَالْوَارِثُ يَصِيرُ غَيْرَ وَارِثٍ وَعَكْسُهُ الْمُعْتَبَرُ مَالَهُ.

متن الخطاب

375

ص: ولم يلزم تعميم كغزاة ش: اعلم أن الموصى له إذا كان معينا كفلان [وفلان و²¹⁶¹] أولاد فلان ويسميههم فلا خلاف أنه يقسم/ بين الجميع بالسوية ومن مات فلوارثه حصته ومن ولد لم يدخل، وإن كان الموصى لهم مجهولين غير محصورين كالفقراء والمساكين والغزاة وبني تميم وبني زهرة ونحوهم مما لا يمكن الإحاطة بهم فلا خلاف أنه لا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم بل [يقسم بينهم²¹⁶²] بالاجتهاد ويكون لمن حضر القسم ولا شيء لمن مات قبله ومن ولد أو قدم قبله استحق، وإن كان الموصى لهم يمكن حصرهم ولكن الميت لم يعينهم كقوله [لأولاد فلان أو لإخوتي وأولادهم أو لأخوالي²¹⁶³] وأولادهم ونحو ذلك فاختلف فيه على قولين فقل إنهم كالمعينين يقسم بينهم بالسوية، ومن مات قبل القسم فنصيبه لوارثه ومن ولد بعد موت الموصي لم يدخل، وقيل كالمجهولين من مات قبل القسم لم يستحق، ومن ولد استحق ويقسم بينهم بالاجتهاد، وذكر ابن القاسم في المدونة أنه لمن حضر القسم ولا شيء لمن مات قبله ومن ولد قبله دخل ثم ذكر أنه يقسم بينهم بالسوية، ففهم سحنون أن لابن القاسم قولين وجعله خلافا.

376

وقال ابن يونس: ليس بخلاف، بل مذهبه أنه لمن حضر القسم وأنه يقسم بالسوية. قال: وهو قول مالك وهذا هو الظاهر. انظر ابن يونس وأبا الحسن، وانظر الرجراجي فإن كلامه يقتضي أن المشهور أنه لمن حضر القسم إن كان أولاد فلان فلا يمكن زيادتهم، وانظر الشامل فيمن أوصى لقرباته. فرع: فقراء الرباط والمدرسة الظاهر أنهم من هذا القسم. والله أعلم. ص: ولزم إجازة الوارث بمرض ش: يعني إذا أوصى الميت بأكثر من الثلث أو لوارث كما فرض المسألة في التوضيح.

ص: والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر ماله ش: مثال الصورة الأولى إذا أوصى لأخيه ولا ولد له ثم ولد له أو أوصت المرأة لزوجها ثم أبنتها، ومثال العكس أن يوصي لامرأة ثم يتزوجها أو يوصي لأخيه وله ولد فيموت الولد ويصير الأخ هو الوارث، وجعل الشارح في الكبير مثال الثانية ما

الحديث

2161 - في المطبوع كفلان أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويم 135 ومايأبى 263.

2162 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 375 ويحيى ص 163 وم 120 ويم 135 ومايأبى 263.

2163 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 375 ومايأبى 263 (يم ص 135 كقوله لأولاد فلان أو لأخوالي وأولادهم أو لأخوالي) (يحيى ص 163 كقوله لأولاد فلان وإخوتي أو لأولادهم أو لأخوالي) (م ص 120 كقوله لأولاد فلان أو لأخوتي أو لأولادهم أو لأخوالي).

نص خليل

وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَاجْتَهَدَ فِي ثَمَنٍ مُشْتَرَى لِظَهَارٍ أَوْ لَتَطَوَّعَ بِقَدْرِ الْمَالِ فَإِنْ سَمِيَ فِي تَطَوُّعٍ يَسِيرًا أَوْ قَلَّ
الثَّلَاثُ شُورَكَ بِهِ فِي عَبْدٍ وَإِلَّا فَأَخِرُ نَجْمٍ مُكَاتَبٍ وَإِنْ عَتَقَ فَظَهَرَ دَيْنٌ يَرُدُّهُ أَوْ بَعْضُهُ رَقٌّ الْمُقَابِلُ وَإِنْ
مَاتَ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ وَلَمْ يُعْتَقَ اشْتَرَى غَيْرَهُ لِمَبْلَغِ الثَّلَاثِ.

متن الخطاب

إذا أوصت لزوجها ثم أبتها وهو سهو فإنه مثال للأولى، وغره في ذلك ما يتبادر من كلام التوضيح فإن
المتبادر للفهم منه كما قال الشارح، لكن يمكن رده إلى الصواب بالتأمل، بخلاف كلام الشارح.
ص: ولو لم يعلم ش: هذا الخلاف في الصورة الأولى وهي ما إذا أوصى لوارث ثم صار غير وارث،
وأما الثانية فلا يتصور فيها وجود الخلاف.

ص: فإن سمي في تطوع يسير أو أقل الثلث ش: احترز بالتطوع من الظهار. قال في التوضيح: قال
اللكمي: ويطعم به في الظهار، فإن فضل منه عن الإطعام فضلة كان الفاضل لهم. انتهى. وعبرة
التبصرة أوفى مما نقله في التوضيح، ونصه: وإن لم يبلغ ذلك وكان العتق عن ظهار أطعم عنه إن
[وفي²¹⁶⁴] بالإطعام أو ما بلغ منه، وإن كان فوق الإطعام ودون العتق أطعموا وكان الفاضل لهم،
وهذا هو القياس، والاستحسان يتصدق بالفاضل، وإن كان العتق عن قتل [اشترك بما ينوب العتق في
رقبة²¹⁶⁵] كالتطوع. انتهى.

377

ص: وإلا فأخِرُ نجم مكاتب ش: هكذا في المدونة. / والظاهر أنه لا فرق بين الأول والآخر، ولفظ
اللكمي: قال مالك: ويعان به مكاتب، ولا يقال إنما اشترط الأخير لأنه إذا أدى أو لا فقد يعجز فلا
يحصل العتق المقصود؛ لأننا نقول إن عجز يؤخذ ذلك من سيده لأنه إنما يدفع للمكاتب لقصد العتق لا
لقصد الصدقة، نعم آخر نجم أولى [لأنه يشبه²¹⁶⁶] أنه ما عتق إلا بسببه، [وللأمن من
المخاصمة²¹⁶⁷] بعد عجزه. والله أعلم.

ص: وإن مات بعد اشترائه ولم يعتق اشترى غيره لمبلغ الثلث ش: قال في الوصايا الأول من
المدونة: ومن أوصى بنسمة تشتري للعتق لم تكن²¹⁶⁸ بالشراء حرة حتى تعتق لأنه لو قتله رجل أدى
قيمه عبداً وأحكامه في جميع أحواله أحكام العبد حتى يعتق. انتهى. قال اللكمي في تبصرته: وإن
قال فإذا اشتريتها فهي حرة كانت حرة بنفس الشراء. انتهى. ونقله أبو الحسن الصغير وقبله. ثم
قال في المدونة: فإن مات بعد الشراء وقبل العتق كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى ما بينهم وبين
مبلغ الثلث. انتهى. وظاهره فرطوا في تأخير العتق أو لم يفرطوا، ولم أر من نص على ذلك بالإطلاق
أو التقييد، وفي سماع عيسى في رسم لم يدرك من كتاب الوصايا الثاني ما نصه: وسألته عن الرجل
يوصي أن يشتري من ماله رقبة، وذكر أنها واجبة عليه فابتاعوا رقبة قبل أن يقسم ماله فمات العبد

الحديث

²¹⁶⁴ * - في المطبوع وافى والمثبت يحيى 506 ومايبي 264 وم 120 ويم 156.

²¹⁶⁵ * - في المطبوع اشترى بما ينوب القتل في رقبته وما بين المعقوفين من يحيى 506 وسيد 50 وم 120 ويم 156
ومايبي 264.

²¹⁶⁶ - في المطبوع لأنه لا يشبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى ص 164 وم ص 121 ويم 135
ومايبي 264.

²¹⁶⁷ - في المطبوع والأمر من المخاصم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى ص 164 وم ص 121 ويم 135
ومايبي 264.

²¹⁶⁸ * - وعبرة التهذيب ج 4 ص 229 تشتري فتعتق لم تكن ص 377.

نص خليل وَبِشَاةٍ أَوْ بَعْدَ مِنْ مَالِهِ شَارَكَ بِالْجُزْءِ وَإِنْ لَمْ يَبْقَ إِلَّا مَا سَمِيَ فَهُوَ لَهُ إِنْ حَمَلَهُ الثَّلَاثُ.

متن الخطاب

أو جنى جناية تحيط برقبته قبل أن ينفذ عتقه. قال ابن القاسم: إذا مات فإنه يرجع أيضا في المال فيخرج مما بقي ثمن رقبة [فتشتري²¹⁶⁹] فيعتق إن حمل [ثلث²¹⁷⁰] ما بقي بعد موت الغلام ما يكون فيه رقبة أو ما كان من ثلثه، وكذلك لو أخرج ثمنه فسقط، وأما إذا جنى خير الورثة في أن يسلموه ويبتاعوا من ثلث ما بقي عبدا وأن يفتكوه فيعتقوه، وكذا يرجع أبدا في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه أو يقسم المال، فإن قسم وقد اشترى وأخرج ثمنه فذهب فلا شيء على الورثة إلا أن يكون معه في الثلث أهل وصايا قد أخذوا وصاياهم فيؤخذ مما أخذوا مما يبتاع به رقبة لأنه لا تجوز وصيته ولم ينفذ إلا أن يكون معه في الوصية من الواجب ما هو مثله فيكون في الثلث سواء، وإن بقي في أيدي الورثة من الثلث ما يبتاع به رقبة ثم أخذ ذلك من أيديهم بعد القسم وابتاع به رقبة وأنفذ لأهل الوصايا وصاياهم ولا يكون لهم من الثلث شيء وثم وصايا لم تنفذ.

قال ابن رشد: قوله إذا مات العبد قبل أن يعتق أنه يرجع في ثلث ما بقي بعد العبد فيشتري به عبدا آخر فيعتق إن كان المال لم يقسم، وإن كان قد قسم لم يرجع على الورثة إلا إن بقي في أيديهم من الثلث بعد العبد الذي كان اشترى للعتق فمات استحسان لا يحمله القياس؛ لأن الحقوق الطارئة على التركة لا يسقطها قسمة المال، وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه يرجع إلى ما بقي من المال فيخرج ثلثه ويكون ذلك كشيء لم يكن لا يحتسب²¹⁷¹ في ثلث، ولم يفرق بين أن يكون المال قد قسم أو لم يقسم، وهو ظاهر ما في كتاب الوصايا الأول من المدونة، ومن الناس من ذهب إلى أنه يفسر ما في المدونة بما وقع في هذه الرواية من الفرق بين أن يقسم المال أو لا يقسم، وهو قول أصبغ، وليس ذلك بصحيح؛ لأن الأولى أن يحمل الكلام على الظاهر مما هو القياس، ولا يعدل به عن ظاهره بالتأويل إلى ما ليس بقياس، وإنما هو استحسان، وكذلك قوله إنه يرجع في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه يريد أنه إذا نفذ عتقه فاستحق بعد العتق لا يرجع في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته وإن لم يقسم المال، وإنما يرجع فيما [بقي من الثلث²¹⁷²] بعد قيمته هو استحسان أيضا على غير قياس، والذي يوجب النظر بالقياس على الأصول أن يرجع أيضا إذا استحق العبد بعد أن عتق في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته؛ قسم المال أو لم يقسم. انتهى.

ص: وبشاة أو عدد من ماله [شارك²¹⁷³] بالجزء ش: يعني أن من أوصى لشخص بشاة أو بعدد من ماله فإنه يشارك بالجزء، ومعنى/ يشارك بالجزء أنه يكون شريكا بنسبة تلك الشاة من الغنم أو بنسبة ذلك العدد من الغنم، فإن أوصى له بشاة ومات عن خمس فله الخمس وإن أوصى له بثلاثة فله ثلاثة أخماس من الغنم فتقوم ويأخذ الموصى له [ذلك²¹⁷⁴] الجزء من الغنم، سواء كان عدده قدر

378

الحديث

2169 - * في المطبوع فيشتري وما بين المعقوفين من م 121 وسيد 50 ومايبي 265 ويم 156.

2170 - * في المطبوع الثلث وما بين المعقوفين من البيان ج 13 ص 130.

2171 - * في يحيى 506 ويم 156 ومايبي 265 لم يكن لا يحسب م 121 لم يكن ولا يحسب ص 377.

2172 - في المطبوع بقي من من الثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى ص 164 وم ص 121 ويم 135 ومايبي 265.

2173 - في المطبوع يشارك وما بين المعقوفين من مايبي 265 وسيد 50 ويم 156.

2174 - في المطبوع بذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى ص 164 وم ص 121 ويم 135 ومايبي 265.

نص خليل

لَا ثُلُثُ غَنَمِي فَتَمُوتُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَلَهُ شَاةٌ وَسَطٌ وَإِنْ قَالَ مِنْ غَنَمِي وَلَا غَنَمٌ لَهُ بَطَلَتْ كَعَتَقِ عَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ فَمَاتُوا وَقُدِّمَ لِضَيْقِ الثُّلُثِ فَكُ أَسِيرٌ ثُمَّ مُدَبَّرٌ صِحَّةً ثُمَّ صَدَاقٌ مَرِيضٍ.

متن الحطاب

الذي أوصى به الميت أو أكثر أو أقل بالقرعة. هذا قول ابن القاسم لكنه لم يراع الجزء يوم الموت مطلقاً، بل راعاه بشرط أن تبقى الغنم إلى يوم التنفيذ، فإن لم تبقى الغنم على عددها بل نقصت فله نسبة ذلك العدد إلى الموجود يوم التنفيذ، فإن لم يبق إلا ذلك العدد أخذه الموصى له إن حمله الثلث. قال في أول الوصايا الأول [من المدونة: ²¹⁷⁵] قال غير ابن القاسم ما مات أو تلف قبل النظر في الثلث [فكان ²¹⁷⁶] الميت لم يتركه. انتهى. قال أبو الحسن: ظاهره فرطوا أم لا، وقول الغير تفسير وتتميم. انتهى. فلو أوصى له بعشرة من غنمه وهي خمسون ثم تلف منها عشرون فله ثلث الثلاثين الباقية وإن بقي عشرون فله نصفها، وإن بقي خمسة عشر فله ثلثاها، [وإن ²¹⁷⁷] بقي عشرة أخذها [إن ²¹⁷⁸] حمل ذلك الثلث، فإن لم يبق من الغنم شيء أو استحققت كلها فلا شيء له. نص عليه ابن عرفة ونحوه في التوضيح، وفي المدونة أول الوصايا ما يدل كالصريح لمن تأمل. ص: لا ثلث غنمي فتموت ش: يريد فيموت غالبها وتبقى بقية فليس للموصى له إلا ثلث الباقي. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ: من أوصى لرجل بعشر شياه من غنمه ومات وهي ثلاثون فولدت بعده فصارت خمسين له خمسها. قاله أشهب مرة، ومرة قال له من الأولاد بقدر ماله من الأمهات إن كانت الأمهات عشرين أخذ عشرا من الأمهات ونصف الأولاد إن حمله الثلث أو ما حمل منها. انتهى.

ص: وقدم لضيق الثلث ش: قال ابن عرفة: والمخرج من ثلثه الوصايا وتبرعات مرض موته، فإن ضاق ونص على تقدم شيء على شيء له رده قدم عليه، وتقدم القول فيه وما ذكره الباجي فيه وإلا قدم الآكد. انتهى. وكلام الباجي قبل هذا الكلام بنحو الأربع ورقات وهو يحتاج إلى تأمل، وهو كلام ابن رشد في المقدمات، ونصه: وإذا ضاق الثلث عن الوصايا يبدأ بالآكد فالآكد والأقدم فالأقدم وما كان بمنزلة واحدة في التأكيد تحاصوا في الثلث وإن كان بعضها أقدم من بعض، إلا أن ينص الموصي على تقدم بعضها على بعض فيبدأ بالذي نص على تبدئته اتباعاً لوصيته وإن كان غيرها من الوصايا آكد ما لم يكن مما يجوز الرجوع عنه كالمبتل في المرض والمدبر فيه أو في الصحة. انتهى.

ص: ثم مدبر صحة ش: قال في كتاب المدبر منها: ومن مات وترك مدبرين فإن كان دبر/ واحداً بعد واحد في صحة أو في مرض، أو دبر في مرض ثم صح [فدبر، ثم ²¹⁷⁹] مرض [فدبر فذلك ²¹⁸⁰] سواء، ويبدأ الأول فالأول إلى مبلغ الثلث، فإن بقي أحد منهم رق، ولو دبرهم في كلمة

379

الحديث

²¹⁷⁵ - ساقطة من المطبوع وما يابى 265 ويحيى ص 165 ويم ص 135 وم 121 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378.

²¹⁷⁶ - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى ص 165 وم ص 121 ويم 135 وما يابى 265.

²¹⁷⁷ * - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من يحيى 507.

²¹⁷⁸ - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى ص 165 وم ص 121 ويم 135 وما يابى 265.

²¹⁷⁹ * - في المطبوع فدبر في صحته ثم ما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج 2

ص 141.

نص خليل

ثُمَّ زَكَاةٌ أَوْصَىٰ بِهَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِحُلُولِهَا وَيُوصِيَ فِيمَنْ رَأْسِ الْمَالِ.

متن الخطاب

في صحة أو مرض عتق جميعهم إن حملهم الثلث، وإن لم يحملهم لم يبدأ أحدهم على صاحبه، ولكن يفض الثلث على جميعهم بالقيمة فيعتق من كل واحد حصته منه، وإن لم يدع [غيرهم²¹⁸¹] عتق ثلث كل واحد ولا [يسهم²¹⁸²] بينهم بخلاف المبتلين في المرض. انتهى. قال في هذا المحل من التوضيح: هو المشهور، وقيل يقرع بينهم. انتهى.

ص: ثم زكاة أوصى بها ش: يعني ثم زكاة فرط فيها وأوصى بها في مرضه، أما لو لم يفرط فيها فهي المسألة الآتية في قوله: إلا أن يعترف إلى آخره، وأما لو أقر في صحته وأشهد بها فإنها من رأس ماله كما سيأتي في أول باب الفرائض، ولو فرط فيها ولم يوص بها في مرضه فلا تخرج من ثلثه ولا غيره. قال في التوضيح: ولو قال في مرضه سأخرجها. انتهى. ومراد المؤلف زكاة الأموال، سواء كانت عينا أو حرثا أو ماشية. قال في المنتقى: قال في كتاب ابن المواز: زكاة المال والحب والماشية سواء، يحاص فيها عند ضيق الثلث. انتهى.

ص: إلا أن يعترف بحلولها ويوصي فمن رأس المال ش: هذه هي الزكاة التي لم يفرط فيها وفرق المؤلف بين العين وغيرها فشرط في العين أن يعترف بحلولها ويوصي بالمال أما اشتراط الاعتراف فتبع فيه ابن الحاجب، وقد اعترضه في توضيحه، وكذلك ابن عبد السلام وابن عرفة، ونص ابن عرفة: قول ابن الحاجب إن اعترف بحلولها حينئذ [و²¹⁸³] أنه [لم²¹⁸⁴] يخرجها فمن رأس ماله خلاف اقتضاء ظاهر الروايات شرط علم حلولها حينئذ من غيره، ولصحة تعليل الصقلي ما أخر منها في الثلث [بكونه²¹⁸⁵] لم يعلم إلا من قبله. انتهى. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: ظاهر كلامه أنه يكتفى في هذا باعتراف الموصي، سواء عرف ذلك من غيره أم لا، وفي موافقته للرواية نظراً؛ أي لأن في المدونة فما عرف من هذا انتهى. وأشار إلى قوله في الوصايا الأول: فأما المريض يحل حول زكاته أو [يقدم²¹⁸⁶] عليه مال حال [حوله²¹⁸⁷] فما عرف من هذا فأخرجه [في²¹⁸⁸] مرضه أو أمر بذلك ثم مات فإنها [فارعة²¹⁸⁹] من رأس ماله، فإن لم يأمر بها لم يقض بها على الورثة وأمروا بغير قضاء. انتهى. وأما اشتراط الإيضاء فهو مذهب المدونة كما علمت الآن. والله أعلم. وقوله في المدونة: "فارعة" هو بالعين المهملة؛ أي خارجة ولها حكاية. قال المشذلي في [حاشيته: ²¹⁹⁰] قوله:

الحديث

2180 * - في المطبوع فدبر في مرضه فذلك ما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج 2 ص 141.

2181 - في المطبوع وما يابى 266 ويحيى ص 165 وم ص 121 إلا هم وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 2 ص 541 وصوبه الشيخ محمد سالم.

2182 - في المطبوع سهم يحيى ص 165 وم ص 121 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 379 ويم ص 136 وما يابى 266.

2183 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 379 ويم ص 136 وما يابى 266.

2184 - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من يم 157 وما يابى 266.

2185 * - في المطبوع لكونه وما بين المعقوفين من م 122 وسيد 50 وما يابى 266 ويم 157.

2186 - في المطبوع مقوم وما بين المعقوفين من ما يابى 266 ويم 157 والتهذيب، ج 4 ص 255.

2187 - في المطبوع حلوله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 379 وما يابى 266.

2188 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من التهذيب ج 4 ص 255.

2189 - في المطبوع وما يابى 266 فارغة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 379 ويحيى ص 165 ويم 136.

2190 * - في المطبوع حاشية وما بين المعقوفين من م 122 وسيد 50 وما يابى 266 ويم 157 ويحيى 507.

نص خليل

كَالْحَرْثِ وَالْمَاشِيَةِ وَإِنْ لَمْ يُوصَ ثُمَّ الْفِطْرُ ثُمَّ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ وَقَتْلٍ وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ كَفَّارَةُ يَمِينِهِ ثُمَّ فِطْرُ رَمَضَانَ ثُمَّ لِلتَّفْرِيطِ ثُمَّ النَّذْرُ ثُمَّ الْمُبْتَلُ وَمُدَبِّرُ الْمَرَضِ.

متن الخطاب

"فأرعة من رأس المال" كتب بعض الموثقين الأندلسيين وثيقة في المدبر، وذكر فيها فارغا من رأس المال؛ يعني بالمعجمة، فدخل بها على بعض القضاة فقال له القاضي: هل عندك من غريب؟ فأخرج الوثيقة ففطق يقرؤها حتى بلغ فارغا، فاستعاده القاضي، فأعاد فقال له: صحفت يا فقيه؟ فتأمل. فقال: كذا رويتها وضبطتها عن أشياخي وكذا هي في الأمهات. فقال له القاضي: كل كتاب وقعت فيه كذلك أو شيخ رواها كذلك فقد أخطأ، فخرج من عنده ولم يفهمه جوابها، فتحير الطالب الموثق، فبعث أسئلة إلى قرطبة وضواحيها فاضطربت أجوبتهم فيها، فقال بعضهم يصح فيها الوجهان، وقال بعضهم بالغين المعجمة، وقال بعضهم بالمهملة ثم [رجع²¹⁹¹] إلى القاضي، فقال القاضي: كلهم أخطؤا اللفظ بالمهملة، وأول من صدرت عنه مولانا عمر بن الخطاب رضي الله عنه. قلت: هذا الموثق إن كان بعد عياض فهو قاصر، وقد نص عليها عياض في العتق الأول والعارية، وإن كان قبله فقد نص عليها صاحب الغريبين في باب الفاء. ص: كالحرث والماشية وإن لم يوص ش: سيأتي الكلام عليها محررا في أول الفرائض إن شاء الله. والله أعلم.

ص: ثم عتق ظهار وقتل ش: يعني قتل الخطأ كما قيده في المقدمات والباقي وغيرهما. قال الباقي: وأما العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أن كفارة الظهار مقدمة؛ إذ ليست بواجبة في العمد. انتهى. ونقله ابن عرفة. والله أعلم. ص: وأقرع بينهما ش: هذا أحد أربعة أقوال في المسألة نقلها في المقدمات وغيرها. قال في المقدمات: وذلك يعني الخلاف إذا لم يكن في الثلث إلا رقبة واحدة، وأما إذا كان في الثلث رقبة وإطعام فيعتق الرقبة في القتل ويطعم عن الظهار باتفاق. انتهى. والله أعلم. ص: ثم لفطر رمضان ش: قال البساطي: بالأكل والشرب، فإن قلت ذلك بالأكل والشرب لماذا؟ قلت: الكفارة بالجماع مجمع عليها، وكأن ذلك مقصود أهل المذهب حيث لا يقولون إلا كفارة الفطر. انتهى. وهذا الذي قاله غير ظاهر؛ لأن [الفطر²¹⁹²] يعم [ذلك،²¹⁹³] ولم أر أحدا قيده بما قال، فالصواب حمله على الإطلاق. والله أعلم. ص: ثم المبتل ومدبر المرض ش: يعني أنهما في مرتبة واحدة، فإن لم [يحملهما²¹⁹⁴] الثلث تحاصا. قال في التوضيح: وهذا إذا [كانا²¹⁹⁵] في فور واحد ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر [بدئ²¹⁹⁶] بالأول لأنه ثبت له ما لا رجوع فيه أشهب والكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظة الواحدة، وقال ابن القاسم ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا، وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ. انتهى. وقال

380

الحديث

2191 * - في المطبوع رجعوا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ عدود ص 379 وما يابى 267.

2192 * - في المطبوع المفطر وما بين المعقوفين من م 122 وسيد 50 ويحيى 508 وما يابى 267 ويم 157.

2193 - في المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 380 ويحيى ص 166 وم ص 122 ويم 136 وما يابى 267.

2194 * - في المطبوع يحملها وما بين المعقوفين من يحيى 508 وسيد 50 وما يابى 267 ويم 157.

2195 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من سيد 50 وما يابى 267.

2196 * - في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من م 122 وما يابى 267 ويحيى 508.

نص خليل

ثُمَّ الْمُوصَى بِعَتَقِهِ مُعَيَّنًا عِنْدَهُ أَوْ يُشْتَرَى أَوْ لِكَشَهْرٍ أَوْ بِمَالٍ فَعَجَّلَهُ.

متن الحطاب

ابن عرفة: الباجي: هذا إذا كان في لفظ واحد أو في حكم اللفظ الواحد. قال في الموازية والعتبية والمجموعة: إن كانا في كلام واحد في مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلا تحاصا، وقاله ابن القاسم، ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر [بدئ²¹⁹⁷] بالأول لأنه ثبت له ما لا يرجع فيه، ولأشهب في المجموعة الكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظ الواحد، ولابن القاسم في الواضحة ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا، وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ. قال أشهب: إن قال فلان حر بتلا ثم سكت سكوتا يعرف أنه لم يرد غيره ثم [يبدو له فبتل²¹⁹⁸] غيره بدئ الأول فالأول. اهـ. وكلام أشهب هذا الأخير هو الذي أشار إليه المؤلف بقوله آخر العتق: "إلا أن يرتب فيتبع". والله أعلم. وكذلك إذا دبر واحدا بعد واحد في كلمة واحدة الحكم واحد، وقد تقدم في لفظ المدونة. قال في المقدمات: والنذر الذي يوجب على نفسه في المرض ينبغي أن يكون بمنزلة المبتل في المرض والمدبر فيه. انتهى.

381

ص: ثم الموصى بعتقه معينا ش: لم يتكلم المؤلف رحمه الله تعالى على صدقة/ المريض المبتلة قال ابن عرفة: وقال ابن دينار صدقة المبتل مقدمة على الوصية بعتق معين إذ له أن يرجع عنه، وقاله المغيرة وعبد [الملك²¹⁹⁹] قال سحنون: كانت العطية قبل وصيته أو بعدها، وروى ابن القاسم أن مالكا توقف في تبذئة صدقة المبتل على الوصايا، وكذلك في العتبية، وتبدأ أحب إلي وأما على العتق بعينه فيبدأ العتق. ابن زرقون: الذي في سماع ابن القاسم من الوصايا أن الوصية يحاص بها مع صدقة المريض، وفي كتاب المراهبة من العتبية الصدقة مبدأة. انتهى. وفي رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر الرواية.

قال ابن رشد: ظاهر هذه الرواية أن السؤال فيها إنما هو عن الوصية بالصدقة والوصية على سبيل العطية فقال إنهما يتحاصان، ولا خلاف أحفظه في ذلك، وقد رأيت لابن دحون أنه قال قد قيل إن الصدقة تقدم على الوصية لأنها للفقراء والوصية للأغنياء، ولا أعرف هذا القول، ولا وجه له؛ إذ قد يتصدق على الغني ويعطى [الفقير²²⁰⁰] ويلزم أن تبدأ الوصية للفقير على الوصية للغني وذلك خلاف الإجماع، وإنما الاختلاف المعلوم في الصدقة المبتلة في المرض والوصية هل يتحاصان، أو تبدأ الصدقة المبتلة من أجل أنه إن صح لزمته؟ فروى الحارث عن ابن وهب قال: سمعت مالكا يقول في الرجل يتصدق بالصدقة في مرضه ويوصي لناس بوصايا ثم يموت فيريد أهل الوصايا أن يدخلوا على المتصدق عليه قال: لا أرى ذلك لهم؛ لأنه لو عاش ثم أراد أن يرجع في صدقته لم يكن له ذلك، ومثل هذا في المختصر الكبير لابن عبد الحكم عن مالك، ومثل هذا في كتاب ابن حبيب، وقد اختلف

الحديث

2197 * - في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من م 122 يحيى 508 وسيد 50.

2198 - في المطبوع يبدأ له (يحيى ص 166 فيبتل) (م ص 122 تبتل) (يم ص 136 ابتل) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 380 وما يابى 267 (يبدوا له تبتل)

2199 - في المطبوع الوهاب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى ص 166 وم ص 122 ويم 136 وما يابى 267.

2200 * - في المطبوع للفقير وما بين المعقوفين من يحيى 508 والبيان ج 12 ص 448.

متن الخطاب قول مالك في هذا الأصل. انتهى. فحاصله أن الصدقة المبتلة ومثلها العطية المبتلة يقدمان على الوصايا على القول المروي عن مالك وعن أكثر أصحابه، وهل يقدمان على الموصى بعقته؟ اختار ابن القاسم تبديله الموصى بعقته. والله أعلم. وهل تحتاج العطية في المرض إلى حوز؟ ففي المنتقى عدم احتياجهما. انظره فيه بعد. يشير²²⁰¹ -والله أعلم- إلى قول الباقي في المنتقى في الوصايا في ترجمة الوصية في الثالث في شرح قوله في الحديث: { [أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا] } [فصل²²⁰³] إن حملنا قوله [أفأتصدق] [بثلثي مالي] على بطل الصدقة في المرض والنبي عليه السلام منع من ذلك، وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يبطل من ماله إلا ثلثه بصدقة أو هبة أو عتق أو محاباة في بيع، فإن زاد على ذلك فالزيادة موقوفة، فإن أفاق من مرضه ذلك لزمه جميعه، وإن مات من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية إن أجازه الورثة، وإلا رد إلى الثلث، ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لأن حكمه حكم الوصية، وشذ أهل الظاهر وقالوا يلزمه الجميع إذا قبض الهبة أو الصدقة. انتهى. والمراد منه قوله: ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة؛ لأن حكمه حكم الوصية، والوصية لا يشترط فيها الحوز. فتأمل ذلك. والله أعلم. وألحق صاحب المقدمات بهذه الأربعة التي ذكرها المؤلف الموصى له بكتابتها إذا عجل الكتابة. والله أعلم.

فرع: جعل ابن رشد في نوازل الوصى بتحبيسه مع الموصى [له²²⁰⁶] بالثلث في مرتبة واحدة، ونقله البرزلي، وانظر الحبس المبتل في المرض هل يبدأ على الوصايا بمال؟ فإن في كلام ابن رشد في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس إشارة إلى ذلك، ونصه في شرح مسألة من حبس في مرضه دارا له وجعلها بعد حبسه في سبيل الله فأراد أن يغير ذلك في مرضه أذلك له؟ قال: نعم ذلك له. ونصه: قوله إن له أن يغير [ذلك²²⁰⁷] في مرضه يريد فينفذ تغييره، وببطل الحبس إن مات من مرضه، وأما إن صح فيلزمه الحبس ويحكم به عليه، وإن كان قد يرجع عنه وغيره في مرضه، ووجه كونه له أن يغير ذلك في مرضه أنه لما كان الحبس لا ينفذ [إن²²⁰⁸] مات من مرضه إلا من الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه، فعلى قياس هذا إن مات من مرضه قبل أن يغير حبسه وقد أوصى بوصايا مال فلم يحمل/ ذلك ثلثه تحاصا في الثلث، ولم يبدأ الحبس المبتل في المرض على الوصية بالمال، وهذا أصل اختلف فيه قول مالك فيمن بطل عتق عبد له في مرضه، وأوصى بعتق عبد له آخر فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك المبتل في المرض يبدأ على الموصى بعقته؛ أخذ بذلك ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وابن دينار، وإياه اختار ابن المواز،

382

1 - الموطأ، رقم الحديث 1495 دار الفكر

الحديث

- والبخاري كتاب الجنائز دار الفجر رقم الحديث 1295
- ومسلم كتاب الوصية دار إحياء التراث العربي رقم الحديث 1628

- 2201 * - في يحيى 508 انظره فيه لعله يشير.
- 2202 * - في المطبوع إياهم وثلث وما بين المعقوفين من يحيى 508 ومن المنتقى ج 8 ص 94.
- 2203 * - في المطبوع فضل وما بين المعقوفين من يحيى 508 ومن المنتقى ج 8 ص 4
- 2204 * - في المطبوع انا أتصدق وما بين المعقوفين من يحيى 508.
- 2205 * - في المطبوع بثلث وفي يحيى 508.
- 2206 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى ص 166 وم 122 وم 137 وما يابى 268.
- 2207 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 122 وسيد 51 ويحيى 508 وما يابى 268 وم 158.
- 2208 * - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 وما يابى 268 وم 158 وم 122 ويحيى 508.

نص خليل

ثُمَّ الْمُوصَى بِكِتَابَتِهِ وَالْمُعْتَقُ بِمَالٍ وَالْمُعْتَقُ إِلَى أَجَلٍ بَعْدَ ثَمَّ الْمُعْتَقُ لِسَنَةِ عَلَى أَكْثَرِ ثَمَّ يَعْتَقُ لَمْ يُعَيَّنْ ثَمَّ حَجٌّ إِلَّا لَصُرُورَةٍ فَيَتَحَاصَّنَ كَعْتَقٍ لَمْ يُعَيَّنْ وَمُعَيَّنٌ غَيْرُهُ وَجَزْئُهُ وَلِلْمَرِيضِ اشْتِرَاءٌ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ.

متن الخطاب فعلى هذا لا يجوز للمريض تغيير ما حبسه في مرضه ولا [ما²²⁰⁹] بقل عتقه فيه، وروى أشهب عن

مالك أنهما يتحاصن المبطل في المرض والموصى بعتقه فيه. قال ابن المواز: وقد نقل لي بعض أصحاب مالك أن مالكا رحمه الله رجع إلى هذا القول، وعليه لقي الله عز وجل، فقله في هذه الرواية إن له أن يغير حبسه الذي حبسه في مرضه يأتي على قول مالك هذا الذي رجع إليه من أنهما يتحاصن، ولا يبدأ المبطل في المرض على الموصى بعتقه. انتهى. فالمقصود من كلامه قوله فعلى قياس هذا [إن مات²²¹⁰] من مرضه قبل أن يغير حبسه إلى قوله على الوصية بالمال.

ص: ثم الموصى بكتابته [والمعتق بمال والمعتق لأجل بعيد²²¹¹] ش: يعني أن العبد الموصى بكتابته ولم يجعلها والموصى بعتقه على مال ولم يجعله، والمعتق إلى أجل بعيد كعشر سنين، وقوله: "ثم لسنة على الأكثر" يعني وأما [المعتق²²¹²] لسنة فيقدم على المعتق لأكثر منها وما معه وكانت الواو هنا أولى من ثم، ويشير إلى ما نقل في التوضيح عن عبد الحق، وقدم عبد الحق المعتق إلى سنة على المكاتب، وجعل المكاتب يتحاصن مع المعتق إلى أجل بعيد كعشر سنين، ومع المعتق على مال فلم يجعله. انتهى. وبهذا يستقيم كلام المؤلف. والله أعلم.

ص: ثم عتق لم يعين ثم حج ش: يعني أن العتق غير المعين يلي ما تقدم ويقدم على الحج ثم الحج بعد ذلك.

ص: إلا لصرورة فيتحصان ش: أي إلا أن يكون الحج عن صرورة فإنه يكون بمنزلة العتق غير المعين.

ص: كعتق لم يعين ومعين غيره وجزئه ش: [يعني²²¹³] كما أن العتق غير المعين يكون مع حج²²¹⁴ [الصرورة في رتبة واحدة، ويتحصان كذلك يكون العتق غير المعين مع معين غير العتق. قال في التوضيح: والمراد به العدد المسمى كعشرة دنائير ونحوها انتهى [يريد²²¹⁵] وكذلك العبد والداية والثوب [والدار/²²¹⁶] والكتاب ونحوها مع جزء أي جزء غير [العتق²²¹⁷] كربع المال وسدسه ونحو ذلك في رتبة واحدة فيتحصان، ولا يتقدم أحدهما على الآخر، فيتحصل من كلامه أن

383

الحديث

2209 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 166 وم ص 122 ويم 137 ومايابه 268.

2210 - في المطبوع أن من مات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 166 وم ص 123 ويم 137 ومايابه 268.

2211 - في المطبوع والمعتق لأجل بعيد والمعتق بمال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 166 ويم 137 ومايابه 268 (ثم الموصى بكتابته والمعتق بمال والمعتق لأجل بعد).

2212 - في المطبوع العتق وما بين المعقوفين من يم 158 ومايابه 268 وسيد 51.

2213 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 509 وسيد 51 ومايابه 269.

2214 - في المطبوع الحج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2215 - ساقطة من المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 ومايابه 269.

2216 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 ومايابه 269.

2217 - في المطبوع المعين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383.

متن الخطاب العتق غير المعين [وحج الضرورة ومعين²²¹⁸] غير العتق كعشرة دنائير ونحوها وجزء غير العتق كربع المال وثلثه في رتبة واحدة وإن حج غير الضرورة بعد ذلك. والله أعلم.

تنبيه: ما ذكره من أن معين غير العتق كالدابة والثوب ونحوهما والعدد المسمى كالعشرة ونحوها هو والجزء كسدس المال وربعه وثلثه في رتبة [واحدة هو مذهب²²¹⁹] المدونة، وقال ابن رشد في رسم الوصايا من سماع أشهب هو المشهور، وقيل إن التسمية مبدأة على الجزء، وقيل الجزء مبدأ. قال: وذلك إذا أبهم التسمية ولم يقل إنها من الثلث، فإن قال ذلك فلا خلاف أنها مبدأة. انتهى بالمعنى. وما ذكره من نفي الخلاف فمشكل، فقد ذكر في النوار من المجموعة وكتاب ابن المواز فيمن قال لفلان ثلثي ولفلان من ثلثي عشرة [أنه²²²⁰] قال ابن القاسم عن مالك: يبدأ بالتسمية إذا قال من ثلثي، وإن لم يقل من ثلثي فيتحصان، ثم رجع مالك فقال يتحصان قال من ثلثي أو لم يقل، وبه قال ابن القاسم. انتهى من الثالث من الوصايا. والله أعلم.

تنبيه: قد تقدم أنه إذا نص الميث على تبدئة شيء مما ذكر إلا أن غيره مبدأ عليه [أو²²²¹] هو وإياه في رتبة واحدة فإنه يبدأ ما أوصى به الميث إذا علم ذلك فقد ذكر في نوازل أصبغ أنه إذا أوصى لفلان بثلثه ولفلان بعدد مسمى. ثم قال في صاحب الثلث أو في صاحب العدد المسمى أنه لا ينقص أنه يبدأ دون الآخر، وقبله ابن رشد، ولم يذكر فيه خلافاً فانظره. وأما [لفظة²²²²] جميع فالظاهر أنها لا تفيد التبدئة، فقد قال في المدونة فيمن أوصى لإنسان بثلثه ثم أوصى لآخر بجميع ماله أن الثلث يقسم بينهما على أربعة للموصى له بالثلث ربع وثلثة أرباعه للموصى له بجميع المال. والله أعلم.

فرع: لو أعتق أحد عبيده في صحته ولم يعينه حتى مرض فقال عينت هذا صدق وعتق في جميع المال إلا أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر فيكون الفضل في الثلث. قاله في العتق الأول من المدونة. أبو الحسن: قال بعض فقهاءنا: وتكون هذه الزيادة مبدأة على الوصايا وعلى العتق والزكاة التي فرط فيها، ويحتمل أن تكون مبدأة على مدبر الصحة لأنه أمر عقده في الصحة، وإنما جعلت الفضلة في الثلث للثمة وغيره يراه من رأس المال ويحتمل أن يبدأ مدبر الصحة عليها إن كان التدبير قبل أن يقول أحد عبيدي حر. انتهى. والله أعلم.

ص: بثلثه ش: احترز بقوله: "بثلثه" مما إذا اشتري بأكثر من الثلث. ابن عرفة: وفيها من اشترى ابنه في مرضه جاز إن حمله [الثلث وعتق²²²³] وورث باقي المال إن انفرد وحصته مع غيره وإن

2218 - في المطبوع وحج ومعين وما بين المعقوفين من م 123 ويحيى 509 وسيد 51 ويم 158 ومايaby 269.

2219 - في المطبوع واحدة وهو مذهب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 وم 123 ومايaby 269 ويحيى 509.

2220 - في المطبوع أو لم يقل وبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 ومايaby 269.

2221 - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن ذي ص 383 ومايaby 269.

2222 - في المطبوع لفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 ومايaby 269.

2223 - في المطبوع ويحيى ص 167 الصقلي قال محمد إن اشترى بأكثر من ثلثه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ومايaby 269.

بثَلْثِهِ وَيَرِثُ لَا إِنْ أَوْصَى بِشِرَاءِ ابْنِهِ وَعَتَقَ وَقُدِّمَ الْإِبْنُ عَلَى غَيْرِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَةٍ مُعَيَّنٍ.

نص خليل

[أعتق²²²⁴] مع ذلك عبده [بدئ²²²⁵] بالابن وورثه إن حمله الثلث. الصقلي: قال محمد: إن اشتراه بأكثر من ثلثه عتق منه محمل الثلث ولم يرثه، وفي سماع ابن القاسم مثله وفيه إن لم يحمله الثلث عتق منه محمله ورق ما بقي للورثة فإن كان الورثة ممن يعتق عليهم عتق ما بقي عليهم. قلت: فإن اشترى أباه بماله كله وورثه من يعتق عليهم جاز شراؤه وعتق عليهم. انتهى. [ونحوه²²²⁶] في التوضيح في أول كلامه وأثنائه وآخره، وكأنه هو المعتمد من الخلاف لتصدير ابن عرفة به ويلزم عليه جواز شراء المريض من يعتق على وارثه بماله كله، وهو ظاهر لأن له التصرف في ماله بالمعاوضة فتأمل. والله أعلم. وقال في الجواهر: إذا ملك قريبه في مرض الموت بالإرث عتق عليه من رأس ماله وإن ملكه بالشراء عتق من ثلثه وحكم الابن في ذلك حكم غيره، وإن ملكه بقبول وصية أو هبة فهو كملكه بالبيع ثم إذا عتق من رأس المال أو من ثلثه ورث، وقال أصبغ لا يعتق بحال. انتهى. ص: وقدم الابن على غيره ش: هو كقول ابن الحاجب فإن كان معه غيره قدم/الابن.

متن الخطاب

384

قال في التوضيح: يحتمل أن يريد فإن اشترى مع الابن غيره ممن يعتق عليه بدئ الابن على هذا مشاه ابن عبد السلام، ويحتمل أن يريد فإن كان مع الابن معتق غيره كما لو أعتق عبدا له في مرضه واشترى ابنه فأعتقه وقيمه الثلث. قال في المدونة: فالابن مبدأ ويرثه كما لو اشتراه صحيحا، وهذا الحمل الثاني أرجح؛ لأن المسألة كذلك في المدونة والجواهر وتمشية ابن عبد السلام أظهر من جهة اللفظ، لكن النقل لا يساعدها على إطلاقها لأنه إن كان واحدا بعد واحد فإنه يبدأ بالأول، وإن كان صفقة فقال أشهب على قياس قول مالك لا يتحاصون وفي قوله بدئ الابن فأعتقه إن كان أكثر من الثلث وورثه. ابن يونس: يريد على مذهب الذي يرى أن يشتري بجميع المال إن لم يكن معه وارث. انتهى. فتعين أن يحمل كلام المؤلف هنا على التمشية الموافقة للمدونة. والله أعلم. ص: وإن أوصى بمَنْفَعَةٍ مُعَيَّنٍ إلى قوله ثلث الجميع ش: أخذ المؤلف رحمه الله يتكلم على بعض مسائل من خلع الثلث فذكر ثلاثة مسائل الأولى إذا أوصى بمَنْفَعَةٍ مُعَيَّنٍ كما لو أوصى بخدمة عبد أو سكنى دار فإن الحكم في ذلك أن ينظر إلى ذلك المعين الموصى بمَنْفَعَتِهِ، فإن حمله الثلث نفذت الوصية، وإن كان الثلث لا يحمل قيمة ذلك المعين الموصى بمَنْفَعَتِهِ فإنه يخير الورثة بين أن يجيزوا ما أوصى به الميت، أو [يخلعوا²²²⁷] ثلث جميع ما ترك الميت من ذلك المعين وغيره. قال في المدونة في كتاب الوصايا الأول: ومن أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره سنة جعل في الثلث قيمة [الرقاب، فإن²²²⁸] حملها الثلث نفذت الوصايا وإن لم يحمل خير الورثة في إجازة ذلك أو

الحديث

2224 - في المطبوع وم ص 123 عتق وما بين المعقوفين من ن عود ص 383 ويحيى ص 167 ويم 137 وما يابى 269.
 2225 * - في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 51.
 2226 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 383 ويحيى ص 167 وم ص 123 ويم 137 وما يابى 269.
 2227 - في المطبوع يخلع وما بين المعقوفين من ن عود ص 384 ويم 138 وما يابى 270.
 2228 - في المطبوع زاد في الأمهات أنه إذا قويم الخدمة وما بين المعقوفين من ن عود ص 384 وم ص 123 ويم 138 وما يابى 270.

نص خليل
أَوْ يَمَّا لَيْسَ فِيهَا أَوْ بَعَثَ عَبْدُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ وَلَا يَحْمِلُ الثَّلَاثُ قِيَمَتَهُ خَيْرَ الْوَارِثِ بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ أَوْ يَخْلَعَ ثَلَاثَ الْجَمِيعِ وَيَنْصِيبَ ابْنَهُ أَوْ مِثْلَهُ فَيَالْجَمِيعِ لَا أَجْعَلُوهُ وَارِثًا مَعَهُ أَوْ أَحَقُّوهُ بِهِ فَرَأَيْدُ.

متن الخطاب
القطع للموصى له بثلاث الميت من كل ما ترك بتلا والوصية في العبد بالخدمة أو بالغلة سواء. قال أبو الحسن: [قوله²²²⁹] جعل في الثلث قيمة الرقاب. زاد في الأمهات: لأنني إذا قدمت الخدمة والسكنى حبست الدار والعبد [عن²²³⁰] أربابهما وهم قد يحتاجون إلى البيع ابن يونس احتجاجة بالبيع لا يصح في الدار الجائز بيعها واستثناء سكنها [سنة²²³¹] والمعروف من قول مالك وابن القاسم أن يجعل الثلث في الرقاب، وإن كانوا قادرين على البيع للاستثناء، وأن لهم حقا في تعجيل الانتفاع بالرقاب. ابن يونس: وإنما جعلت الرقاب في الثلث مع إمكان رجوع ذلك للورثة لأنه قد يموت [العبد²²³²] وتنهض الدار. انتهى. واحترز بقوله: "منفعة" مما إذا أوصى له بمعين كعبد أو دابة أو دار إن لم يحمله الثلث. قال في المدونة: فإن قول مالك اختلف في هذه المسألة فقال مرة مثل ما تقدم، وقال مرة يخبرون بين الإجازة وبين أن يقطعوا له بمبلغ ثلث جميع التركة في ذلك الشيء بعينه قال: وهذا أحب إلي. انتهى. قال ابن عبد السلام: وهذا هو المشهور أعني التفرقة بين الوصية بالمنافع وبالمعين. والله أعلم.

ص: أو بما ليس فيها ش: أشار به إلى المسألة الثانية، ويعني بما ليس في التركة؛ يريد سواء كان يحمله الثلث أم لا. قاله ابن عبد السلام، وسواء كان عينا أو عرضا على خلاف في هذا، إلا أن هذا قول مالك وابن القاسم، واقتصر عليه ابن الحاجب. قاله ابن عبد السلام. والحكم في ذلك أن الورثة يخبرون بين الإجازة فيشترون للموصى له ذلك الشيء الموصى به أو [يدفعوا²²³³] له ثلث جميع التركة. والله أعلم. ثم أشار إلى المسألة الثالثة بقوله:

ص: أو بعثت عبده²²³⁴ بعد موته بشهر ش: وتصورها ظاهر من كلام الشارح.

ص: ولا يحمل الثلث ش: هذا شرط في المسألة الأولى والثالثة دون الثانية فاعلمه. والله أعلم.

ص: خير الوارث بين أن يجيز أو يخلع ثلث الجميع ش: هذا ظاهر في المسألة الأولى والثانية، وأما في المسألة الثالثة فإنما [خير الوارث²²³⁵] في إجازة الوصية أو القطع بمبلغ الثلث في العبد نفسه على المشهور كما تقدم في مسألة الوصية بمعين. والله أعلم. ومسائل هذا الباب كثيرة، وفي الوصايا من المدونة منها/ جملة. والله الموفق.

ص: وبنصيب ابنه إلى قوله فزائد ش: تصوره ظاهر.

385

الحديث

2229 - ساقطة من المطبوع يحيى ص 167 وم 123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 ويم 138 وما يابى 270.
2230 - في المطبوع يم ص 159 يحيى ص 167 على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 وم 123 وما يابى 270.
2231 - في المطبوع عنة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 ويحيى ص 168 وم 123 ويم 138 وما يابى 270.
2232 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 ويحيى ص 168 وم 123 ويم 138 وما يابى 270.
2233 - كذا في النسخ.

2234 - في المطبوع أو بعثت عبده وفي يحيى 510 وما يابى 270 ويم 159 أو بعثت عبده.

2235 - في المطبوع بخيرا لو الوارث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 384 ويحيى ص 168 وم 124 ويم 138 وما يابى 271.

نص خليل

وَبَنَصِيبٍ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ فَبِجْزٍ مِنْ عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ وَبِجْزٍ أَوْ سَهْمٍ فَيَسَهُمْ مِنْ فَرِيضَتِهِ.

متن الخطاب

فروع: الأول: قال ابن عبد السلام: المعتبر فيما ذكرنا من عدد الولد من كان موجودا يوم موت الموصي ولا ينظر إلى من زاد فيهم بعد الوصية ولا من مات. رواه أشهب عن مالك. انتهى. ونقله في التوضيح.

الثاني: [منه²²³⁶] أيضا أن من أوصى بمثل نصيب ولده ولا ولد له وجعل يطلب الولد فمات ولم يولد [له²²³⁷] فلا شيء للموصى له. انتهى.

الثالث: قال في التوضيح: واختلف إذا أوصى بمثل [نصيب أحد²²³⁸] بنيه وترك نساء ورجالا على أربعة أقوال: الأول: قول مالك يقسم المال على عدد رؤوسهم الذكر والأنثى فيه سواء ويعطى حظ واحد منهم ثم يقسم ما بقي على فرائض الله تعالى لكن إنما فرض المسألة في المدونة فيما إذا قال له نصيب أحد ورثتي. الثاني: أنه [كرجل²²³⁹] من ولده. الثالث: أنه يزداد سهمه على السهام ويكون له، وقال ابن زياد يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى. هكذا حصل ابن زرقون. انتهى.

[فيكون²²⁴⁰] الأول هو المعتمد لكونه مذهب المدونة. الرابع: إذا كان أولاده إناثا كلهم كان لهن الثلثان ثم نظر إلى عددهن، فإن كن أربعا [أعطي²²⁴¹] ربع الثلثين وإن كن ثلاثا [أعطي²²⁴²] ثلث الثلثين، وإن كن اثنتين [أعطي²²⁴³] نصف الثلثين وإن كانت واحدة [أعطي²²⁴⁴] نصف المال إن أجازته الورثة، وإلا فله ثلث المال. نقله ابن عرفة عن ابن يونس عن كتاب محمد. والله أعلم.

ص: أو بنصيب أحد ورثته فبجزء من عدد رؤوسهم ش: قال ابن عبد السلام: ولا يلتفت إلى قسمة هؤلاء الورثة كيف كانت بالسوية أو مختلفة فيعطى الموصى له جزءا بنسبته إلى التركة نسبة الواحد إلى عدد رؤوسهم. انتهى. وفيها خلاف. والله أعلم.

ص: وبجزء أو سهم فبسهم من فريضته ش: أي إذا كانت من ستة فلهم سهم من ستة، وإن كانت من ثمانية فلهم سهم منها أو من أربعة وعشرين [فسهم²²⁴⁵] منها، وإن كان ورثته أولادا [رجل²²⁴⁶] وابنة أعطي سهمها من ثلاثة وإن كان رجل وامرأتان فسهم من أربعة وعلى هذا كذا ضربه عيسى في سماعه. نقله ابن عرفة. وما ذكره المؤلف هو المشهور، وعليه فلو كان أصلها من ستة

الحديث

2236 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من يحيى 510.

2237 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 138 ومايaby 271.

2238 - في المطبوع أحد نصيب وما بين المعقوفين من التوضيح ج 3 ص 671.

2239 - في المطبوع رجل وما بين المعقوفين من م 124 ويم 159 والتوضيح ج 3 ص 672.

2240 - في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من يحيى 510 وم 124 ويم 159 ومايaby 271.

2241 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 138 ومايaby 271.

2242 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ومايaby 271.

2243 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ومايaby 271.

2244 - في المطبوع أعطيت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 ويم 138 ومايaby 271.

2245 - في المطبوع فبسهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى ص 168 وم ص 124 ومايaby 271.

2246 - في المطبوع ويم ص 138 ومايaby 271 رجالا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385.

نص خليل

وَفِي كَوْنِ ضِعْفِهِ مِثْلُهُ أَوْ مِثْلَيْهِ تَرَدُّدٌ وَبِمَنَافِعِ عَبْدٍ وَرَثْتُ عَنْ الْمُوصَى لَهُ وَإِنْ حَدَدَهَا بِزَمَنْ فَكَالْمُسْتَأْجَرِ فَإِنْ قَتِلَ فَلِلْوَارِثِ الْقِصَاصُ أَوْ الْقِيَمَةُ كَأَنْ جَنَى إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمُخْدَمُ أَوْ الْوَارِثُ فَتَسْتَمِرُّ وَهِيَ وَمُدَبَّرٌ إِنْ كَانَ يَمْرُضُ فِيمَا عِلِمَ وَدَخَلَتْ فِيهِ.

متن الخطاب

وتعول إلى عشرة فله سهم من عشرة. انتهى من التوضيح. وفي المسألة خلاف فقيل له الثمن لأنه أقل سهم ذكره الله، وقيل له السدس لأنه أقل سهم، والثمن إنما يستحق بالحجب. فرع: فإن لم يكن له وارث فقال أشهب سهم من ثمانية، وقال ابن القاسم سهم من ستة. قال ابن عرفة: قال ابن رشد: أظهر قول أشهب، وقال ابن عبد السلام: الأقرب بعد تسليم أهل المذهب قول أشهب وقول الشافعي عندي قوي. انتهى. والشافعي يقول يدفع له الورثة ما شاؤوا. كذا نقل هو عنهم.

386

ص: وفي كون ضعفه مثله أو مثليه تردد ش: يعني لو أوصى له بضعف نصيب ولده فهل للموصى له مثل نصيب ولده مرة واحدة أو مثلاه؟ لا نص/ عن مالك وأصحابه المتقدمين، وتردد في ذلك المتأخرون فقال بعض شيوخ ابن القصار [مثله²²⁴⁷] مرة واحدة، وإن قال ضعفه فمثل نصيبه مرتين، وقال ابن القصار: حكى عن أبي حنيفة والشافعي أنهما يقولان ضعف النصف مثله مرتين، وهو أقوى من جهة اللغة. انتهى. قال في التوضيح: وفيه نظر. وفي الجوهرى: وضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه وأضعافه أمثاله نعم هو [أقوى²²⁴⁸] من جهة العرف، وانظر كيف عده المصنف قولاً؟ وإنما أشار ابن القصار إلى قوته من حيث اللغة. انتهى كلام التوضيح.

قلت: ويقال مثله في كلامه بل يقال قد تبين بما نقله المصنف عن الجوهرى أنه ليس أقوى من جهة اللغة، وأن الموافق للغة هو الأول وإنما يوافق العرف فتأمله. والله أعلم.

ص: وهي ومدبر إن كان بمرض في المعلوم ش: تصوره واضح.²²⁴⁹ فرع: فإن ادعى أهل الوصايا أن الميت علم به [وأنكر الورثة ذلك²²⁴⁹] حلف الورثة ما يعلمون أن الميت علم به ولم تدخل الوصايا فيه، وإن نكلوا حلف الموصى لهم ودخلت الوصايا فيه. انتهى من شرح ابن الحاجب لابن فرحون.

ص: ودخلت فيه ش: يعني أن الوصايا تدخل في المدبر في المرض إذا بطل بعضه. هكذا قال المصنف رحمه الله في توضيحه: وحمل عليه كلام ابن الحاجب، وغره في ذلك كلام صاحب الجواهر، والذي يظهر أن هذا لا يتصور؛ لأن المدبر في المرض يتقدم عليه أشياء مما يخرج من الثلث ككف الأسير ومدبر الصحة وصداق المريض والزكاة التي فرط فيها وأوصى بها [وما²²⁵⁰] ذكر مع ذلك، ويتقدم على أشياء كالعبد الموصى بعتقه والوصية بالمال وما مع ذلك، ويشاركه في رتبته المبتل في المرض، فإذا فرض ضيق الثلث فإن كان [معه²²⁵¹] ما يتقدم عليه قدم، فإن استغرق ذلك الثلث بطل التدبير

الحديث

2247 - في المطبوع ومثله وما بين المعقوفين من سيد 51 ويم 159.

2248 - في المطبوع أقرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 138 ومايaby 271.

2249 - في المطبوع في المرض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 ويحيى ص 168 وم ص 124 ويم 159 ومايaby 272.

2250 - في المطبوع يحيى ص 168 ويمى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 وم ص 124 ويم 159 ومايaby 272.

2251 - ساقطة من المطبوع يحيى ص 168 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 وم ص 124 ويم 138 ومايaby 272.

نص خليل

وَفِي الْعُمَرَى وَفِي سَفِينَةٍ أَوْ عَبْدٍ شُهِرَ تَلَفُّهُمَا ثُمَّ ظَهَرَتِ السَّلَامَةُ قَوْلَانِ لَا فِيمَا أَقَرَّ بِهِ فِي مَرَضِهِ أَوْ أَوْصَى بِهِ لِوَارِثٍ وَإِنْ ثَبِتَ أَنَّ عَقْدَهَا خَطُّهُ أَوْ قَرَأَهَا وَلَمْ يُشْهَدْ أَوْ يَقُلْ أَنْفَعُوهَا لَمْ تُنْفَذْ وَتُدْبَ فِيهِ تَقْدِيمُ التَّشْهَدِ وَلَهُمُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقْرَأْهُ وَلَا فَتَحَ وَتُنْفَذُ وَلَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ عِنْدَهُ وَإِنْ شَهِدَا بِمَا فِيهَا وَمَا بَقِيَ فَلِلْمَسَاكِينِ قِسْمٌ بَيْنَهُمَا وَكَتَبْتُهَا عِنْدَ فُلَانٍ فَصَدَّقُوهُ أَوْ أَوْصِيَّتُهُ بِثُلْثِي فَصَدَّقُوهُ يُصَدَّقُ إِنْ لَمْ يَقُلْ لِابْنِي وَوَصِيِّي فَقَطَّ يَعْمُ وَعَلَى كَذَا يُخَصُّ بِهِ كَوْصِيِّي حَتَّى يَقْدَمَ فُلَانُ أَوْ.

متن الخطاب

الذي في المرض، وبطلت الوصايا كلها ولا إشكال في ذلك، وإن كان مع المدبر في المرض ما يتقدم هو عليه كالوصايا بالمال [فإن²²⁵²] وسع الثلث المدبر في المرض جميعه واستغرق ذلك الثلث نفذ عتق المدبر في المرض وبطلت الوصايا، وإن لم يسع الثلث إلا بعض المدبر نفذ منه ما وسعه الثلث ورجع الباقي رقيقاً للورثة، ولا يتصور دخول الوصايا فيه، وكذلك إن كان معه ما هو في رتبته وهو المبتل في المرض فإنهما يتحاصن في الثلث فيعتق من كل واحد منهما قدر ما حملة الثلث، ولا يتصور دخول الوصايا في ذلك، وما ذكره المصنف عن صاحب الجواهر هو كذلك في الجواهر، ونقله عن كتاب ابن المواز والمجموعة، لكن الذي ذكره في الجواهر عن الكتابين المذكورين ذكره الشيخ ابن أبي زيد في النوادر عنهما وليس فيه ذكر [المدبر²²⁵³] في المرض، ولم أقف عليه إلا في كلام صاحب الجواهر، وهو مشكل، فالصواب تركه. والله أعلم.

ص: وفي العمرى ش: /

387

انظر مسائل الحبس من ابن سهل فإن فيه مسائل يتصور فيها دخول الوصايا في الحبس.

ص: وأوصيته بثُلثي فصدقوه يصدق إن لم يقل لأبني ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.

مسألة: قال في معين الحكام في باب الوصايا: إذا شهد شاهدان على وصية [وأحدهما²²⁵⁴] الذي

جعل له/ الوصية ينظر فيها فإن استعفى هذا الشاهد منها وامتنع من قبولها جازت شهادته، ثم إن رأى القاضي بعد ذلك إعادته إلى النظر أعاده. انتهى. وقوله [وأحدهما²²⁵⁵] الذي جعل له الوصية ينظر فيها يعني وأحد الشاهدين على الوصية هو من أسند إليه النظر فيها.

ص: ووصي فقط يعم ش: قال في المدونة: ومن قال اشهدوا أن فلانا [وصيي²²⁵⁶] ولم يزد على هذا فهو وصيه في جميع الأشياء [وإنكاح²²⁵⁷] صغار بنييه ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن والثيب بإذنهن. انتهى. قال المشذلي: ظاهره دخول الإيصاء، وفي الطراز إذا قال وصيي مسجلاً؛ يعني مطلقاً وكان إلى نظره محجور أجنبي أنه لا يدخل تحت هذا اللفظ. المشذلي: ذكر ابن الهندي قولين أحدهما ما ذكره صاحب الطراز أنه لا يكون داخلاً تحت لفظه إلا إذا صرح بذلك، والثاني أنه يتناول الجميع إلا إذا خصص ذلك بمال نفسه وولده، وهذا الخلاف إنما هو إذا أتى بلفظ عام كما تقدم، وأما إن صرح بالوصيتين معا فلا إشكال، ولا خلاف ثم يترتب على ذلك.

الحديث

2252 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 وم ص 124 ويم 138 وما يابى 272.

2253 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في سيد 51 وما يابى 272 وم 124 .

2254 - * في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من م 124 وسيد 51 وما يابى 272 ويم 160.

2255 - * في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من م 124 ويم 160 وما يابى 272.

2256 - في المطبوع وم 124 وصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 388 ويم 160.

2257 - في المطبوع وما يابى 272 وأبكار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 388 وم ص 124 ويم 139.

فرع: وهو إذا قال الوصي الثاني أنا أقبل وصيتك ولا أقبل وصية الأول؛ لأن فيها ديونا وتخليطاً فقال ابن وهب في سماع أصبغ له ذلك، وقال أصبغ ليس له ذلك؛ لأن وصية الأول من وصية الثاني، فإن قبل بعضها لزمته كلها. قال ابن رشد: قول ابن وهب أظهر. قال ابن يونس: الذي أرى أن يقول له الإمام إما أن تقبل الجميع أو تدع الجميع إلا أن يرى أن يقره على ما قبل ويقيم من يلي وصية الأول. انتهى. وذكر أبو الحسن القولين أيضاً عن ابن الهندي.

وقال في النوادر [في²²⁵⁸] ترجمة الوصي يقبل بعض الوصية: ومن العتبية روى أصبغ عن ابن وهب فيمن أوصى إلى رجل بوصية وبما كان وصياً عليه فقبل وصيته في نفسه، ولم يقبل ما كان وصياً عليه فإن ذلك له، ويوكل القاضي من يلي الأمر الأول، وقال أصبغ إما قبل الجميع أو ترك الجميع، وإن قبل البعض فهو قبول للجميع، وقال فيها أيضاً عن كتاب ابن المواز: ولو أوصى إلى ميت ولم يعلم لم يكن وصيه له وصياً. انتهى. وقال في مفيد الحكام: وللوصي أن يوصي إلى غيره إذا لم يمنعه الوصي من ذلك، ولا مقال للورثة في ذلك ويقوم وصيه مقامه في كل ما كان إليه من وصية غيره إذا أوصى بذلك، وإن مات ولم يوص بذلك تولى الحاكم النظر في كل ما كان إليه وببده ولم يجز له أن يهمله، وفي وثائق الجزيري: وإذا أوصى الوصي بماله وولده لم يكن وصيه وصياً على [أيتامه²²⁵⁹] وقدم القاضي عليهم إلا أن ينص على ذلك في عهده. انتهى.

فروع: الأول: إذا قال إن مت فلان وكيلي فهذه وصية صرح بذلك في نوازل سحنون في كتاب الوصايا. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الوصي وكيل الميت فسواء قال في وصيته فلان وصيي أو إن مت فلان وكيلي وكل وصي وكيل، وليس كل وكيل وصياً. انتهى. [ونقله المشذلي في الوصايا الأول. انتهى²²⁶⁰].

الثاني: إذا قال فلان وصيي على أولادي فلان وفلان وله أولاد صغار غيرهم فهل الإيصاء قاصر على من سمي، أو يعم الجميع؟ فيه تنازع بين الشيوخ. قال ابن سهل في أحكامه الكبرى في أول كتاب الوصايا في ترجمة الوصايا بالأيتام: وفي مسائل القاضي أبي بكر بن زرب قال في رجل قال في وصيته وله أولاد صغار قد جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان بن فلان وله أولاد غير الذي سمي أنهم يدخلون في الإيصاء وإن لم يسمهم؛ لأنه لما قال ولدي دخل جميعهم فيه، فقيل له كيف وقد سمي من أراد أن يولي عليهم؟ قال: لو أراد هذا لم يقل جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان بن فلان وإنما كان يقول من ولدي. قال: وهذا كمن قال عبدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فإنهم يعتقون أجمعون من سمي منهم ومن لم يسم. قال موسى: نزلت هذه المسألة فأفتى فيها بعض الشيوخ أنه لا يعتق إلا من سمي وغلط فيها وأخذ بفتياه شيخه وحكم به قال القاضي أعرف وقت نزولها.

قال ابن سهل: / وفي سماع أصبغ في رسم القضاء [المحض²²⁶¹] من كتاب الصدقات: مسألة تشبه

2258 - في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من ن ذي ص 388 وم ص 125 ويم 139 وما يابى 273.

2259 - في المطبوع أمثاله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 388 وم ص 125 ويم 139 وما يابى 273.

2260 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 388 ويم 273.

2261 - في المطبوع المحضر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 14 ص 101.

نص خليل

إِلَى أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَتِي وَإِنْ زَوْجَ مُوصِي عَلَى بَيْعٍ تَرَكَتِهِ وَقَبْضَ دُيُونِهِ صَحَّ وَإِنَّمَا يُوصِي عَلَى الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ أَبٌ أَوْ وَصِيَّهُ كَأَمَّ إِنْ قُلَّ وَلَا وَلِيٍّ وَوُثِرَتْ عَنْهَا لِمُكَلَّفٍ مُسْلِمٍ عَدْلٍ كَافٍ وَإِنْ أَعْمَى وَامْرَأَةً وَعَبْدًا وَتَصَرَّفَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَإِنْ أَرَادَ الْأَكْبَرُ بَيْعَ مُوصَى اشْتَرَى لِلْأَصَاغِرِ وَطَرُوُ الْفِسْقِ يَعْزِلُهُ وَلَا يَبِيعُ الْوَصِيُّ عَبْدًا يُحْسِنُ الْقِيَامَ بِهِمْ.

متن الخطاب

مسألة القاضي هذه وهي من تصدق على رجل بميراثه فقال أشهدكم أنني تصدقت على فلان بجميع ميراثي وهو كذا وكذا في العين والبقر والرموك والرقيق والثياب والدور والبور إلا الأرض البيضاء فإنها لي وفي تركة الميت جنان لم ينصها وغير ذلك. قيل له هل يكون ما نص وما لم ينص للمتصدق عليه إلا ما استثنى، أم ليس له إلا ما نص؟ قال أصبغ له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرفه، والجنان داخلة في الصدقة إن كان يعرفها؛ لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان، فتدبر هذه الجملة، فلولا استثناء المتصدق الأرض البيضاء لكانت كمسألة القاضي سواء. انتهى. وقال المشذلي في كتاب الوصايا الأول: وأما مسألة الشيوخ المشهورة فأشار إليها ابن سهل في أول الوصايا وذكر كلام ابن سهل المتقدم برمته بلفظه. والله أعلم.

الثالث: إذا أوصى بوصية وذكر فيها أن الوصي على أولاده فلان ثم [أوصى²²⁶²] بوصية أخرى وغير ما كان أوصى به أولا إلا أنه لم يتعرض للموصي ولم يجعل وصيا على أولاده في الوصية الثانية إلا أنه قال إن هذه ناسخة لكل وصية قبلها. قال ابن رشد: لا يكون ذلك ناسخا لإيصائه على أولاده. ذكره في نوازه.

ص: إلا أن تتزوج زوجتي ش: قال ابن غازي: أي فهي وصيتي ما دامت [أيما²²⁶³]. انتهى. وما قاله أظهر مما حل به الشارح كلام المؤلف.

مسألة: فلو أوصى بشيء على شرط فلم يوف به الموصى [له²²⁶⁴] فإنه يرد. [قال²²⁶⁵] في معين الحكام في كتاب الوصايا لو أوصى لأم ولده على أن لا تتزوج بوصية فتوفي ونفذت الوصية لها ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذت. انتهى.

ص: وإنما يوصي على المحجور عليه أب أو وصيه كأما إن قل ولا ولي [وورث²²⁶⁶] ^{شأنهم} ش: قال ابن عرفة: الموصي/ إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب الرشيد والوصي والحاكم فيها مع غيرها وصية الأب إلى غيره بصغار بنيه وأبكار بناته، وأما إن مات الوصي فأوصى إلى غيره جاز ذلك وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره بخلاف مقدم القاضي وقيل مثله وأخذ من قولها في إرخاء الستور، وإن لم يكن لليتيم الطفل وصي فأقام له القاضي خليفة كان [كالوصي²²⁶⁷] في جميع أموره، وفيها: لا تجوز وصية الجد بولد ولده ولا أخ بأخ له صغير وإن لم يكن لهم أب ولا وصي وإن قل المال بخلاف الأم. اللخمي: قال ابن القاسم في كتاب القسم: من أوصى لأخيه بمال وهو في حجره لم يقاسم له ولم يبع وأجاز ذلك أشهب في مدونته فعلى قوله تجوز وصيته بما يرث إن لم

390

الحديث

2262 - في المطبوع أصى وما بين المعقوفين من عقود ص 389 وم 125 ويم 160.

2263 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في ماياي 273 ويم 160.

2264 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 125 وسيد 52.

2265 * - في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من م 160 وماياي 273 وسيد 52.

2266 - في المطبوع ورث وما بين المعقوفين من ن عقود ص 389 وم 125 ويم 139 وماياي 273.

2267 * - في المطبوع كالموصي وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 52 ويم 160 وماياي 273.

متن الخطاب يكن له وصي وكل هذا فيما صار له من مال بميراث وما تطوع به الميت فالوصية به تجوز وأن يكون القابض [من²²⁶⁸] رضيه الميت وإن كان للمولى عليه أب أو وصي، فإذا قال يكون ذلك موقوفاً على يدي فلان حتى يرشد، أو قال يدفع إلى المولى عليه يتسع به في ملبس أو مطعم لم يكن لأبيه ولا لوصيه قبض ذلك ولا يحجر عليه فيه لأنها هبة من الموصي على صفة، وأجاز ابن القاسم للمتقط اللقيط أن يقاسم له ويقبض ما أوصى له به ومنعه في الأخ وإن كان في حجره والأخ أولى لأنه جمع القيام والنسب، وفيها: لا يجوز إيصال الأم بمال ولدها الصغير إلا أن تكون وصية من قبل أبيه، وإلا لم يجز إذا كان المال كثيراً وينظر فيه الإمام، وإن كان يسيراً نحو الستين ديناراً [جاز²²⁶⁹] إسنادها فيه إلى العدل فيمن لا أب له ولا وصي فيما تركته له، وقال غيره لا يجوز لها أن توصي بمال ولدها.

قال ابن القاسم في كتاب القسم: وإجازة مالك ذلك استحسان ليس بقياس وإن كان الإيصال بغير ذلك من قضاء دين أو تفرقة ثلث جاز ذلك من كلام مالك [وأما الورثة الكبار فلا يجوز الإيصال بمالهم كما قاله ابن شاس وغيره ولو كانوا غيباً.²²⁷⁰] انتهى كلام ابن عرفة بلفظه. وقال في كتاب القسم من المدونة إثر الكلام الذي نقله ابن عرفة عنها: ولا يكون وصي العم والجد والأخ وصياً في يسير مال ولا كثيره والأم بخلافهم؛ إذ لها اعتصار ما وهبت لولدها كالأب، وليس للأخ والجد أن يعتصرا. قيل فما يصنع بهذا المال الذي أوصوا به؟ قال: ينظر فيه السلطان ويحوزه على الصغير والغائب. انتهى. ونقله ابن يونس.

تنبيهات: الأول: ليس للأب أن ينصب وصياً على كبار أولاده إلا أن يكونوا محجوراً عليهم. قال في النوادر في الوصايا الأول في ترجمة الوصي يبيع تركة الميت لدين ناقلاً له عن أشهب في المجموعة: وليس له أن يولي على كبار ولده أحداً. انتهى. يريد إذا لم يكونوا محجوراً عليهم. قال ابن شاس: ولا يصح نصب الوصي على ذكور أولاده البالغين إلا أن يكونوا محجوراً عليهم. نعم ينصب وصياً عليهم في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، ونص على ذلك غير واحد.

الثاني: قول المصنف: "وإنما يوصي على المحجور عليه أب" هذا إذا كان الأب رشيداً كما تقدم في كلام ابن عرفة حيث قال: إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب الرشيد، فأما إن كان الأب سفيهاً وهو في ولاية أبيه فللجد الولاية على ولد ولده ويوصي عليهم، ويكون وصيه وصياً عليهم، وقيل لا يكون وصيه وصياً عليهم. قال في العتبية في رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النذور: وسئل عن رجل حلف في رقيق لابنه أن يبيعه بثمان سمائه وللحالف أب فقال له: أنا أبيعهم ليس هم لك فقال له: أسفيه هو؟ يريد الحالف. فقال لا: فقال لا أرى أن يبيعهم. قال ابن رشد: في قوله لا أرى أن يبيعهم إذا لم يكن سفيهاً دليل على أن له أن يبيعهم إذا كان سفيهاً، فجعله في حكم الوصي على ولد ابنه ما دام ابنه سفيهاً فيلزم على هذا أن يكون وصي الأب وصياً على ولد الولد الذين إلى نظره

2268 - * في المطبوع مما وما بين المعقوفين من م 125 وما يابى 273.

2269 - * في المطبوع أجاز وما بين المعقوفين من ما يابى 273 ويم 160.

2270 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 390 ويم 139 وما يابى 274 (وأما الورثة الكبار).

نص خليل وَلَا التَّرْكَهَ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْكَبِيرِ.

متن الخطاب

391

بإيصاء الأب وهو نحو ما في مختصر ابن شعبان عن مالك أن [الوصي²²⁷¹] أن يزوج بنات يتيمة بعد بلوغهن، وإن رضي الأب بذلك قبل أن يبلغن لم يلتفت إلى رضاه لسقوط ولايتهن كاليتمى. قال ابن وهب في سماع أصبغ: والرفع إلى السلطان/ أحسن. وأبين من ذلك؛ أي مما في مختصر ابن شعبان ما في كتاب ابن المواز أن المولى عليه إذا قتل [وله ولد²²⁷²] صغير أن وصي الأب أولى من عمومة الصبي بالدم، وقد كان بعض شيوخنا لا يرى وصي الأب وصيا على صغار الولد الموصى بهم. وبالله التوفيق. انتهى. وحكى القولين ابن رشد أيضا في سماع أصبغ من كتاب النكاح في شرح مسألة تزويج السفية أخته أو وليته، ونقله ابن سلمون في وثائقه في ترجمة السفية والمحجور ولا وصي من قبل الأب، ونصه: وأما [انكاح²²⁷³] الوصي بنات محجوره فالرواية بذلك منصوصة عن مالك، ومعناه في الأبكار والثيبات اللائي لم يملكن أمور أنفسهن.

وقد كان بعض الشيوخ يقول إنه لا يكون وصيا على ولد محجوره إلا بتقديم السلطان فعلى هذا لا يزوج واحدة من بناته. وفي مسائل ابن الحاج قال: اختلف الشيوخ في الرجل إذا كان وصيا على سفية فولد للسفية ولد فهل للوصي أن ينظر على ابن السفية كما ينظر على أبيه أم لا؟ فذهب ابن زرب إلى أنه لا ينظر عليه إلا بتقديم، وخالف ابن عتاب وابن القصار في ذلك فقالا إنه ينظر عليه كما ينظر على أبيه قال: والقضاء عندنا بذلك. انتهى. وأما مقدم القاضي فقال ابن سهل في باب الحجر في ترجمة مقدم القاضي هل له التكلم على أولاد محجوره دون تقديم أم لا؟ الذي تقتضيه الروايات أن له ذلك، والذي جرى به عمل القضاة أنه لا يكون له ذلك إلا بتقديم. وانظر كتاب الأقضية منه في الكلام على الاستخلاف. والله أعلم.

الثالث: إذا قدم القاضي ناظرا على اليتيم ثم ظهر وصي من قبل الأب فله رد أفعاله. نقله البرزلي في الوصايا، وفيه أيضا: إذا أوصى لشخص ثم ظهر شخص آخر بوصية فانظره. ص: ولا التركة إلا بحضرة الكبيرش: وسواء أراد الوصي بيع التركة لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصايا أو لغير ذلك، فإن لم يكن الأكابر حضورا رفع الأمر للحاكم فيأمره بالبيع ويأمر من يلي معه البيع للغائب أو يقسم ما ينقسم. قال في المدونة في كتاب الوصايا: ولا يبيع الوصي على الأصغر التركة إلا بحضرة الأكابر فإن كانوا بأرض نائية وذلك حيوان أو عروض رفع ذلك إلى الإمام فأمر من يلي معه البيع للغائب. انتهى. قال في العتبية في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الوصايا: مسألة: وسئل عن الوصي يبيع المتاع بغير إذن الورثة. قال: فإن كانوا كبارا قد رضي حالهم ونساء ثيبات أو متزوجات قد برزن ورضي حالهن فلا يبيع إلا بإذنهن فإن باع رد المتاع لأنه إنما أوصى بالآخرين الذين يولى عليهم ولم يوصَ إليه بهؤلاء إنما هؤلاء شركاء في هذا المتاع قيل له: فإن فات [قال إن كان فات²²⁷⁴] [وقد²²⁷⁵] أصاب وجه البيع [كأنه²²⁷⁶] يقول مضى؟ قال أصبغ لا أرى ذلك، وأرى للورثة رده إلا أن يكون له ثلث

الحديث

2271 - في المطبوع للموصى وما بين المعقوفين من م126 وسيد52.

2272 - في المطبوع وله ولد وما بين المعقوفين من التوارد ج14 ص113.

2273 - في المطبوع يم ص161 نكاح وما بين المعقوفين من ن عدود ص391 وم ص126 وما يابى274.

2274 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج13 ص134.

2275 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج13 ص134.

2276 - في المطبوع فكأنه وما بين المعقوفين من يم161 ومن البيان، ج13 ص134.

متن الخطاب موسى به مع ذلك يحتاج إلى تحصيل المال وبيعه وجمعه فيكون ذلك له إلا العقار والرباع فلا أرى ذلك له دونهم لأنه مأمون، وأنه مما يقسم وقسمته غير ضرر، وإن لم يكن له ثلث على ما وصفت فهو مردود على الورثة البالغين المالكين حصصهم، أو يأخذون مما بلغ كالشركاء في السلع المفترقة التي لا تجمع في القسم فهم كالشركاء الأجانب للميت.

قال ابن رشد: قول ابن القاسم فيما باع الوصي على الصغار من المال والمتاع المشترك بينهم وبين الكبار أن البيع يرد ما لم يفت، فإن فات من يد المشتري ببيع أو هبة أو بتحويله عن حاله مثل أن يكون ثوبا فيصبغه أو غزلا فينسجه أو طعاما فيأكله وما أشبه ذلك، وقد أصاب الوصي وجه البيع مضى، وهذا استحسان، والقياس أن لا ينفذ البيع على الكبار بحال، فات أو لم يفت، وكذلك قال سحنون: لا يجوز بيع الوصي على الكبار بقليل ولا كثير، أصاب البيع أو لم يصب؛ لأنه مالههم وهم أحق وأولى بالنظر لأنفسهم.

قال: وهم أيضا أولى بكل ما باع من مال الميت إذا كان لهم رأي في شراء شيء مما يباع من/ التركة في ثلثه فكيف يجوز أن يباع عليهم مالههم أنفسهم بلا مرادهم هذا خطأ، وكذلك قول أصبغ أيضا إن البيع يمضي إذا فات إن كان له ثلث موسى به إليه فيحتاج إلى تحصيل المال وجمعه وبيعه إلا في العقار استحسان أيضا، والقياس [أن²²⁷⁷] لا ينفذ على الكبار البيع في حظوظهم من ذلك كله إلا بإذنهم كالشركاء الأجانب للميت، ولأشهب في كتاب ابن المواز [أن للوصي²²⁷⁸] أن يبيع الحيوان والرقيق والعقار لتأدية الدين وتنفيذ الوصية، وإن كان في الورثة كبار لا يولى عليهم أو كانوا كبارا [كلهم²²⁷⁹] وقد قيل إنه ليس له بيع شيء من العقار إلا الثلث، وهو أحب إلي، وقد مضى في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم طرف من هذا المعنى. وبالله التوفيق. انتهى. ونص ما أشار إليه في رسم الشجرة: وسئل عن الوصي يريد بيع متاع الرجل مساومة ويرى أن ذلك خير له مثل ما يسومه الرجل في الدار وما أشبهه فينهي²²⁸⁰ ويرى أن بيعه غبطة. قال: لا بأس بذلك باع مساومة أو ممن يزيد إذا كان ذلك منه على وجه النظر.

قال ابن رشد: معناه في الوصي على الثلث إذا باع بإذن الورثة [أو²²⁸¹] على الصغار إذا باع بإذن الكبار أو في الوصي على الصغار إذا لم يكن لأحد معهم في ذلك مشترك،²²⁸² وأما إذا كان وصيا على الصغار وهم شركاء مع الكبار فيبيع الجميع بغير إذنهم فلا يجوز ذلك عليهم، وكذلك إذا كان وصيا على الثلث فباع بغير إذن الورثة. وبالله التوفيق. وقال في النوادر في كتاب الوصايا: قال أشهب

2277 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود وذو ص392 وم ص126 ويم140 ومايأبى275.

2278 - في المطبوع والموصى وما بين المعقوفين من م126 ويم161 ومايأبى275.

2279 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص392 وم ص126 ويم140 ومايأبى275.

2280 - في م126 ويم161 فينمي.

2281 - ساقطة من المطبوع ومايأبى275 وم126 ويم140 وما بين المعقوفين من ن عدود ص392.

2282 - في البيان ج12 ص443 في ذلك شرك.

متن الخطاب في المجموعة: [وفي كتاب²²⁸³] ابن المواز في الوصي [يبيع²²⁸⁴] الرقيق والحيوان وغيره يريد لإنفاذ وصاياه وفي الورثة غائب كبير لا يولى عليه فذلك له، وكذلك لو كان عليه دين ولو أوصى بوصية أو بالثلث صدقة أو غيرها والورثة كبار كلهم فله بيع العقار وغيره، وفيها قول إنه ليس له بيع شيء من العقار إلا الثلث وهو أحب إلي وكل ماله فيه بيع العقار فله بيع ما سواه من الحيوان وغيره، وإذا لم يكن عليه دين [أو أوصى²²⁸⁵] بوصية ولم يترك عقارا والورثة كلهم كبار غيب أو بعضهم غيب فله بيع ما كان من العروض والحيوان بخلاف الرباع وإن كانوا حضورا. محمد: أو قربت غيبتهم فليس له بيع شيء ولا للسلطان، وله بيع ذلك في الغيبة البعيدة.

قال ابن القاسم: إذا رفع ذلك إلى السلطان حتى يأمره أو يأمر من يبيع معه، ومن المجموعة ونحوه في كتاب ابن المواز. قال ابن القاسم وأشهب: إذا كانوا أصغر وأكبر فلا يبيع حتى يحضر الأكابر. قال ابن القاسم: وإن غابوا بأرض نائية وترك حيوانا ورقيقا وعروضا فله بيع ذلك، ويرفع ذلك إلى الإمام حتى يأمر من يبيع على الغائب.

قال أشهب: إن قربت غيبتهم فليبيع ما يخاف عليه ويرى أن بيعه أفضل للجميع ويقسم الثمن إذا قدموا، وإن شاء قسمة في غيبتهم ثم من تلف حقه كان منه صغيرا كان أو كبيرا، وكذلك إن كان الورثة عسبة. قال سحنون: كيف يبيع على الورثة الكبار الغيب بغير أمر السلطان وكيف يقسم بينهم؟ ثم ذكر كلام العتبية المتقدم في سماع عيسى.

وقال اللخمي في كتاب القسمة بعد أن ذكر الخلاف المتقدم: وأصل المذهب والمعروف منه أنه لا يقسم [الوصي²²⁸⁶] على الغيب الكبار ولا يبيع لدين ولا لغيره ولو جاز أن يقسم الثلث من الثلثين لجاز أن يقسم بين الصغار والكبار. انتهى. ونقله ابن عرفة في كتاب القسمة وقبله، فيتحصل من هذا أنه اختلف هل يجوز بيع الوصي التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا إذا كان الورثة غيبا كبارا أو فيهم غائب كبير أم لا؟ فأجاز ذلك أشهب حتى في العقار ومنع ذلك غيره، وهو المعروف من المذهب حتى يرفع إلى السلطان فيأمره بالبيع، أو يأمر من يبيع معه للغائب أو يقسم ما ينقسم، وإذا كان هذا القول هو المعروف في المذهب فأحرى أن يمنع بيعه لغير ذلك حتى [يرفع²²⁸⁷] إلى السلطان ويرد إن وقع، وما تقدم من الأقوال فكلها استحسان على غير قياس كما تقدم بيان ذلك. والله أعلم.

فرع: فإن مات في سفر فلا وصيائه يبيع متاعه وعروضه لأنه يثقل حمله. قاله في النوادر بل ذكر البرزلي في كتاب السلم عن أبي عمران أن من مات في سفر بموضع لا قضاة فيه ولا عدول ولم يوص، فاجتمع المسافرون وقدموا رجلا باع هناك تركته ثم قدموا بلد الميت فأراد الورثة نقض البيع

393

2283 - في المطبوع في كتاب وما بين المعقوفين من م 126 وما يابى 275 ويم 161.
 2284 - في المطبوع ببيع وما بين المعقوفين من سيد 52 وما يابى 275 وم 126 ويم 161.
 2285 - في المطبوع ولا أوصى وما بين المعقوفين من م 126 ويم 161.
 2286 - في المطبوع الموصى وما بين المعقوفين من م 126 وما يابى 276 وسيد 52 ويم 162.
 2287 - في المطبوع يرجع وما بين المعقوفين من م 126 وما يابى 276 ويم 162 وسيد 52.

متن الخطاب [إذ²²⁸⁸] لم يبيع بإذن حاكم وبلده بعيد من موضع الموت أن ما فعلته جماعة الرفقة من بيع وغيره فجائز. قال: وقد وقع هذا لعيسى بن مسكين وصوب فعله وأمضاه، [ونقل عن الداودي²²⁸⁹] أنه [أمر ببيع تركة²²⁹⁰] رجل غريب يذكر أنه من أحواز فاس وورثته مجهولون ودفع الثمن إلى [ثقات²²⁹¹] من أهل المغرب وأمرهم بالبحث عن ورثته فإن يئس منهم تصدق به على الفقراء، وذكر رجل أنه تسلف من الميت دينارا فأمره بدفعه لأولئك الثقات ويبرئه ذلك إذا أشهد على الدفع. انتهى.

تغيبه: علم مما تقدم أن تنفيذ الوصايا من قضاء دين أو وصية أو بالثلث أو صدقة أو غيرها لوصي الميت، ويفهم ذلك أيضا من كلام المدونة في الوصايا في القسمة، وقال في اللباب: وتنفيذ الوصية لوصي الميت. انتهى. وسيأتي في كلام المصنف أن للوصي اقتضاء ما [للموصي²²⁹²] من الديون والتأخير بالنظر، ويأتي هناك حكم قضاء الوصي ما على الميت من الدين إذا لم يشهد به غيره، وكذلك حكم ما [علمه²²⁹³] من الوصايا والحقوق دون غيره، ومسألة اختلاف أهل الوصايا والديون مع الوارث في البيع نقلها في اللباب، وحصل ابن رشد في البيان في رسم الوصايا الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا الأول خمسة أقوال، وأطال الكلام في ذلك فليراجعه من أراده، ومسألة إرسال الوصي مال الورثة ذكرها في المدونة في كتاب الوديعة، ومسألة إرسال القاضي مال الورثة ذكرها في أوائل المنتخب وفي أواخر باب الأقضية من ابن عرفة، وفي آخر القسم الخامس من الركن السادس من تبصرة ابن فرحون وفي باب الجهاد من حاشية المشذلي.

فرع: ذكر البرزلي عن ابن رشد مسألة وهي ما إذا باع الوصي عقارا أكثر من حصة الميت وفرقه أنه لا رجوع على الوصي، والمسألة في مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد، ونصها: وكتب إليه القاضي عياض يسأله عن رجل أسندت إليه وصية بثلاث فنظر مع الورثة في بيع التركة حتى خلصت وفرق الثلث على معينين وغير معينين حسبما في الوصية وكان في التركة [شقص²²⁹⁴] يشارك فيه بعض الورثة وغيره فبيع فيما بيع واشتراه الشريك الوارث وتوزع ثمنه على قدر المواريث والوصية، فلما كان بعد مدة تأملت القصة، [فإذا قد وقع²²⁹⁵] فيها غلط ووهم وقد بيع من الربع من المواريث أكثر من نصيب الميت، وتبين ذلك وثبت، ووجب له الرجوع بالثمن في التركة إذا لم يحز سائر الأشرار بيع

2288 * - في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من ما يابى 277 وم 127 وسيد 52 ويم 162.

2289 * - في المطبوع وذكر الدودي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 52 وما يابى 277.

2290 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 وم ص 127 ويم 141 وما يابى 277.

2291 * - في المطبوع نقاة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2292 - في المطبوع وم ص 127 وسيد للوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 ويم 141 (وما يابى 277 خرجة).

2293 * - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من يم 162 وم 127.

2294 - في المطبوع ويم 162 شخص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 وم ص 127 وسيد وما يابى 277.

2295 * - علق عليها الشيخ محمد سالم ب مرض عليها عدود لأن إذا الفجائية تختص في الجملة الإسمية وربما وقع هذا في كلامه.

الزائد فأخذ من كل وارث مصابه وبقي ما للثلث، وقد فرق كما ذكر؟ فأجاب: لا ضمان على الوصي فيما نفذه مما يجب من الثمن للحصة الزائدة على حق الميت، ويرجع المبتاع بما ناب [الوصية²²⁹⁶] من ذلك، ويرجع هو على من وجد من الوصي لهم المعينين، وتكون المصيبة منه فيمن لم يجد منهم، وفيما فرق على المساكين غير المعينين على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك الذي نعتقد صحته. وبالله تعالى التوفيق. انتهى.

متن الخطاب

مسألة: قال ابن رشد في نوازل في باب الوصايا: إذا أوصى بوصية [أوفك²²⁹⁷] أسير أو غير ذلك من وجوه البر وجعل تنفيذ الوصية إلى رجل أجنبي أو وارث وشرط في تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم فلا يجوز لأحد من القضاة والحكام أن يتعقب شيئاً من ذلك ولا ينظر فيه، والأمر في ذلك للورثة، فإن كانت الوصية مما يبقى لهم فيه منفعة كالتعقب وشبهه كان لهم أن يقوموا حتى يعلموا أنها قد نفذت، كان المتقدم لها وارثاً أو أجنبياً، وإن كانت الوصية مما لا يبقى لهم فيه منفعة كالصدقة فلا قيام لهم في ذلك إلا أن يكون المنفذ وارثاً. انتهى.

394

[وقال²²⁹⁸] في [النوازل²²⁹⁹] أيضاً قبل ذلك بنحو الورقة في باب الوصايا: سؤال سألته عنه القاضي عياض، ونصه: المقدم على تنفيذ ثلث الميت إذا أراد مقاربة الورثة ومسامحتهم، وقد جعل له في التقديم أنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه هل للحاكم النظر في تحصيل الثلث والحوطة عليه ثم بعد ذلك يفوض نظره إليه؛ إذ التفويض إنما هو في التفريق وحده أم لا سبيل للحاكم إليه؟ فأجاب: لا يجوز للمقدم على تنفيذ الثلث مقاربة الورثة ولا مسامحتهم في ذلك، وإن اتهمه القاضي بذلك شرك معه من يثق به في [تحصين²³⁰⁰] الثلث ثم يكل تنفيذ ذلك إليه في الوجوه التي جعل [إليه تنفيذها²³⁰¹] أو بما يراه باجتهاده إن كان فوض إليه النظر في ذلك لقول الموصي، ولا اعتراض عليه من حاكم ولا غيره، وهذا في الوصي المأمون، [وأما غير المأمون²³⁰²] الذي يخشى عليه [أن يتقبض²³⁰³] على الوصية ولا ينفذها فيكلفه إقامة البينة على تنفيذها على معنى ما وقع في سماع أشهب من كتاب الوصايا، فإن لم يأت بالبينة على ذلك ضمن إن كان سارقاً معلناً، وإن كان متهما ولم يكن بهذه الصفة [استحلف²³⁰⁴] ولم يضمن، إلا أن ينكل عن اليمين، وإن كان مأموناً لم تكن عليه يمين وهو محمول على أنه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون. انتهى. وما ذكره عن سماع

الحديث

- 2296 - في المطبوع الموصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 وم ص 127 ويم ص 141 وسيد ومايaby 277.
 2297 - في المطبوع أفك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 (وم ص 127 ويم ص 141 ومايaby 277 وسيد أو فكاك).
 2298 * - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من سيد 52.
 2299 * - في المطبوع النواذر وما بين المعقوفين من م 127 ويم 162.
 2300 - في المطبوع ويم 162 تحصيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 394 وم ص 127 وسيد ومايaby 278.
 2301 - في المطبوع تنفيذها فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 394 وم ص 127 ويم ص 141 ومايaby 278.
 2302 * - في المطبوع وأما في غير المأمون وما بين المعقوفين من م 127 ومايaby 278 ويم 162 وسيد 53.
 2303 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في نوازل عياض ص 190.
 2304 * - في المطبوع استخلف وما بين المعقوفين من م 127 ومايaby 278 ويم 162 وسيد 53.

متن الخطاب أشهب هو في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني، ونصه: وسمعتة يسأل عمن أوصى إلى رجل بوصايا من عتق [وصدقة²³⁰⁵] وغير ذلك فأراد الورثة أن يكشفوه عنها وأن يطلعهم عليه فقال: أما الصدقة فليس لهم أن يكشفوه عنها إذا كان غير وارث، إلا أن يكون سفيها معلنا مارقا فيكشف عن ذلك، ولهم أن يكشفوه وإن كان غير وارث ولا سفيه عن العتق؛ لأن ذلك يعقد لهم الولاء، فأما إذا كان الموصي إليه سفيها معلنا فأرى أن يكشف عن ذلك كله فإن من الأوصياء من [يقبض²³⁰⁶ على²³⁰⁷] الوصية فلا ينفذ منها شيئا.

قال ابن رشد: هذا كما قال إن الوصي يكشف عما جعل إليه من تنفيذ الوصية بالصدقة وغير ذلك مما لا يبقى فيه منفعة للورثة إذا كان سفيها معلنا مارقا يبين ما تقدم من قوله في سماع ابن القاسم في أنه ليس للورثة أن يقوموا معه في تنفيذ الوصية إلا أن يكون مما يبقى له فيه منفعة كالعتق وشبهه، وقوله أنه يكشف عن ذلك إذا كان سفيها معلنا مارقا معناه أنه يكلف إقامة البينة على تنفيذ الوصية، فأما إن لم يأت ببينة على ذلك وتبين [تقبضه²³⁰⁸] عليها أو استهضامه لها [ضمن²³⁰⁹] إياها، وإن لم يكن بهذه الصفة من الاشتهار بالسفه والمروق واتهم استخلف، فإن نكل عن اليمين ضمن، وإن كان من أهل العدل والثقة لم تلحقه يمين، وهو محمول على الثقة والعدالة حتى يعرف خلاف ذلك من حاله. اهـ. وبالله التوفيق. ونص ما أشار إليه في أول سماع ابن القاسم: قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكا قال في الرجل يوصي بأنه يعتق عنه، وأن يحمل عنه في سبيل الله ويستخلف على ذلك وارثا، فيريد بعض الورثة أن ينفذ ذلك وينظر فيه معه؟ قال: إن كان وارثا رأيت ذلك عليه، وإن لم يكن المستخلف وارثا فليس ذلك عليه إلا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وما أشبهه.

قال ابن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أن الرجل إذا استخلف على تنفيذ وصيته وارثا من ورثته فليس له أن يغيب على تنفيذ ذلك دون سائرهم، ولمن قام مع ذلك أن ينفذ ذلك وينظر معه مخافة أن يكون أوصى إليه [بالوصية²³¹⁰] والوصية للوارث لا تجوز إلا أن يجيزها الورثة، سواء سمى الميت ما ينفذها فيه من عتق أو صدقة. [مال في السبيل²³¹¹]: أو بما سوى ذلك من وجوه البر أو كان قد فوض إليه حيث أراه الله، [وإن²³¹²] استخلف على ذلك غير وارث فليس عليه أن [ينفذ شيئا²³¹³] من ذلك بحضرتهم، ولا لهم أن يكشفوه عن ذلك. قال في الرواية: إلا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وشبهه والمنفعة التي تبقى في العتق هو الولاء الذي ينجر عن المتوفى إلى من يرثه عنه فلا يختص

2305 - في المطبوع وصدقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 394 ويم 162 وسيد 53 وم 127.

2306 - في البيان، ج 3 ص 29 يتقبض.

2307 - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من يم 162 وسيد 53 وم 127.

2308 - في المطبوع نقيضه وما بين المعقوفين من البيان ج 13 ص 30.

2309 - في المطبوع ضمنه وما بين المعقوفين من سيد 53 ويم 162 وم 127 والبيان ج 3 ص 30.

2310 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 127 وسيد 53.

2311 - في المطبوع قال في البيان وما بين المعقوفين من سيد 53 والبيان، ج 12 ص 423.

2312 - في المطبوع ويم ص 141 وم 127 أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 394.

2313 - في المطبوع ينفذ عليه شيئا وما بين المعقوفين من سيد 53 وم 127.

395 بذلك الورثة دون غيرهم؛ إذ قد يرثه من لا ينجر إليه/ من الولاء شيء [وهو²³¹⁴] البنات والأخوات والزوجات والأمهات والجندات، وقد ينجر إلى من لم يرثه ممن حجب عن ميراثه من الإخوة والعصبة، فالحق في كشف الوصي الأجنبي عن العتق إنما هو [لمن²³¹⁵] ينجر إليه الولاء عن الميت وإن لم يكن وارثاً، ولا كلام لمن [لا²³¹⁶] ينجر إليه الولاء عنه وإن كان وارثاً له، والذي يشبه العتق في بقاء المنفعة للورثة هو الإخدام والتعمير والتحبيس، فأما الإخدام والتعمير فالحق فيه لجميع الورثة؛ لأن المرجع في ذلك إليهم.

متن الخطاب

وأما التحبيس فمنه ما يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس، ومنه ما يختلف هل يرجع إلى ورثته، أو إلى أقرب الناس به؟ فالحق في [الحبس²³¹⁷] الذي يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس لمن [يرجع²³¹⁸] إليه منهم، والحق في الحبس الذي يختلف هل يرجع إلى ورثته، أو إلى أقرب الناس إليه لجميع ورثته وأقاربه من الرجال والنساء من قام منهم كان له كشفه عنه حتى يعلم أنه قد أنفذه لما قد يكون له فيه من المنفعة باتفاق أو على اختلاف، وهذا في الوصي المأمون، وأما غير المأمون فيكشف عن الوصايا [كلها²³¹⁹] من العتق والصدقة بالعين وغير ذلك على ما قاله في رسم الوصايا من سماع ابن القاسم أن السفية المعلن المارق يكشف عن كل شيء من الصدقة وغيرها، وهو محمول على أنه مأمون حتى يتبين أنه غير مأمون، وعلم من لفظ السماعين المذكورين أنه لا فرق في الحكم المتقدم بين أن يشترط الوصي للموصي تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم، وأنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه كما ذكر ذلك في السؤالين في [النوازل،²³²⁰] [أو لا²³²¹] يشترط ذلك كما في لفظ السماعين المذكورين. والله أعلم.

ومن هذا المعنى مسألة كتاب الوديعة والشهادة من المدونة، ونصها على ما في كتاب الوديعة: ولو أمرته بصدقة على قوم معينين فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه، ولو أمرته بصدقة على غير معينين صدق مع يمينه إن لم يأت ببينة. انتهى. قال أبو الحسن: هذه المسألة تبين مسألة كتاب الشهادة قال فيه فإن كانوا غير معينين صدق، ولم يذكر هناك يميناً. ابن يونس: يحلف إذا كان متهماً. انتهى. ومن هذا المعنى كشف وارث المحجور الوصي عما بيده فقال ابن رشد في نوازله في كتاب الصدقات: وليس [لوارث²³²²] المحجور ولا لوليه أن يكشف الوصي عما بيده

2314 - * في المطبوع وهم البنات وفي سيد53 وهو البنات وفي م127 وهن البنات ص395.

2315 - * في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد58 ويم63.

2316 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم ص128 ويم ص142.

2317 - في المطبوع بالمحبس وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم ص128 ويم ص142.

2318 - * في المطبوع رجع وما بين المعقوفين من يم163 وسيد53 وم128.

2319 - * ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان ج12 ص424.

2320 - * في المطبوع النواذر وما بين المعقوفين من يم163 وسيد53 وم128.

2321 - * في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من سيد53.

2322 - في المطبوع للوارث وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 سيد يم163 م128.

لمحجوره، ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده، ولكن للقاضي أن يجبر الوصي على أن يشهد لليتيم بماله بيده. انتهى. ونقله ابن سلمون في الوصايا، ونصه: وسئل ابن رشد في رجل له ولي محجور وله مال وتصدق عليه بصداقات ونحل نحلا، فطلب هذا الرجل من وصيه أو من الحاكم نسخ تلك العقود وقام في الكشف لوصيه عما في يده من مال المحجور إذا زعم أنه وارثه وأن المال لما توفي هذا المحجور صار إليه هل له في ذلك حجة أم لا؟ فقال: ليس لوارث اليتيم أن يستكشف وصيه عما له بيده من المال أو يخاصمه في ذلك ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده وعلى الوصي أن يشهد لليتيم بما له بيده، فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم ببيانه أن يوقف فيعين مال اليتيم عنده. انتهى.

وقال في العتبية في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا: وسئل -يعني مالكا- فقيل له إن سيدي كاتبني وأوصى إلي فسألني بعض موالي وهو ولد سيدي عما في يدي وعما ربحت فيه وأنا عند الناس كما أحب أفذلك علي؟ قال: لا أرى ذلك عليك، أليس ما في [يديك] مالا معروفا؟²³²³ قال: بلى، ولكنه يريد أن يعلمه ويعلم ما ربحت فيه [فقال: ما أرى ذلك عليك].²³²⁴

قال ابن رشد: وقوله: "وأوصى إلي" يريد أنه [أوصى]²³²⁵ إليه بالنظر على بنييه، فلم ير عليه أن يخبره بما ربح في مال اليتيم الذي هو ناظر فيه لولده؛ لأن الوصي لا يلزمه أن يكشف عما بيده إلا إذا خيف عليه أن يكون قد أتلفه، وهو محمول على الأمن من ذلك حتى يثبت خلاف ذلك من حاله فإذا كان ما في يده من المال معروفا فلا يلزمه أن يكشف عنه، ولا يخبر بما ربح فيه لأن ذلك غضاضة عليه إذ لا يفعل ذلك إلا بمن لا يوثق به، وسيده قد استأمنه ووثق به فهو محمول على ذلك. انتهى. ومن هذا المعنى كشف المرأة الموصى إليها بولدها إذا تزوجت حسبما ذكره في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا الأول، ونصه: وسئل مالك عن امرأة هلك زوجها وأوصى إليها بولدها وبما كان له من مال فتزوجت المرأة وخيف على المال أترى أن يكشف؟ قال مالك: إن كانت المرأة لا بأس بحالها فلا أرى ذلك، وإن [كان يخاف]²³²⁶ كشف ما قبلها. قال ابن رشد: إنما قال إنه يكشف ما قبلها إن كان يخاف على المال عندها ولا يكشف إن كان لا بأس بحالها ولم يبين ما تحمل عليه من جهل حالها، والظاهر من قول مالك في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا أن المرأة إذا تزوجت غلبت على [جل]²³²⁷ أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب أنها عنده محمولة على الخوف عليها إذا تزوجت فيكشف ما قبلها إلا أن يعلم أنه لا بأس بحالها، وقال ابن المواز: قال ابن القاسم: ووجه ما [سمعت في المال]²³²⁸ أن

2323 * - في المطبوع يدك مال معروف وما بين المعقوفين من البيان ج 13 ص 13.

2324 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 395 (ويم ص 142 وم ص 128 لا أرى ذلك عليك)

2325 * - في المطبوع أو أوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 395.

2326 - في المطبوع كانت بخلاف ذلك وما بين المعقوفين من البيان، ج 2 ص 444 وفي م 128 وإن كانت تخاف.

2327 * - في المطبوع الحال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 12 ص 444.

2328 * - في المطبوع سمعت هذا في المال وما بين المعقوفين من م 128 ويم 163 وسيد 53.

نص خليل

وَلَا يَقْسِمُ عَلَى غَائِبٍ بَلَا حَاكِمٍ وَلَا ثَنَيْنٍ حُمِلَ عَلَى التَّعَاوُنِ وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ اخْتَلَفَا فَالْحَاكِمُ وَلَا لِأَحَدِهِمَا إِيصَاءٌ.

متن الخطاب

ينظر إلى حالها، فإن رضي حالها وسيرتها والمال يسير لم يؤخذ منها. محمد: ولم يكشف إن كان المال كثيراً، [وهي²³²⁹ مقلّة، وخيف من ناحيتها، وأرى أن ينزع المال منها، وقاله أصبغ، وهي على الوصية على كل حال إلا أن تكون مبرزة²³³⁰ [إلا²³³⁰ من إبقاء المال عندها بعد النكاح في الحزم والدين واليسر والحرز فيقر بيدها. قلت: وإذا خيف على المال عندها فنزع منها ولم تعزل هي عن الوصية فليقدم معها من يكون المال عنده ويشاورها في النظر. انتهى. وبالله التوفيق.

ص: ولا يقسم [على غائب بلا حاكم²³³¹] ش: هذا نحو قوله في قسمة المدونة: إذا كان في الورثة كبير غائب لم تجز قسمة الوصي عليه، ولا يقسم لغائب إلا الإمام ويوكل بذلك، ويجعل ما صار له بيد أمين، وليس للوصي أن يقول أبقوا [حظ²³³²] الغائب بيدي. انتهى أوله بالمعنى. وقال البرزلي في مسائل القسمة: سئل أبو محمد عمن هلك وترك ورثة أحدهم غائب وترك حائطا اقتسموه بمحضر جمع لا بأمر السلطان، وعزلوا للغائب حظه، ووقع البيع في بعض تلك الحظوظ والاستغلال في بعضها والعمارة ثم قدم الغائب هل يمضي القسم عليه أم لا؟ وهل تكون الغلة لمن اغتال أم لا؟ وهل يمضي البيع والتفويت أم لا؟ فأجاب بأن القسمة فاسدة وترد البياعات، وما اغتله المتقاسمون فعليهم رده أو مثله إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل ويكون بينهم، وما اغتله المشترون فإن كانوا عالمين بالغائب فعليهم رد حظه إليه من الغلة، وإن كانوا غير عالمين فلا شيء عليهم من الغلة، ويكون لهم أجر قيامهم وتعبهم. البرزلي: هذا نحو قوله في المدونة وذكر ما تقدم./

397

ص: [ولا ثنين²³³³] حمل على التعاون ش: قال في الوصايا الأول من المدونة: وإن أوصى إلى وصيين فليس لأحدهما بيع ولا شراء ولا إنكاح ولا غيره دون صاحبه إلا أن يوكله قال غيره لأن لكل واحد منهما ما لصاحبه.

قال ابن القاسم: فإن [اختلفا²³³⁴] نظر السلطان ثم [قال: ²³³⁵] ولا يخاصم أحد الوصيين خصما للميت إلا مع صاحبه، ومن ادعى على الميت دعوى وأحدهم حاضر خاصمه ويقضى له ويكون الغائب إذا قدم على حجة الميت. انتهى. زاد اللخمي إثر قول المدونة: "ولا يخاصم أحد الوصيين خصما للميت إلا مع صاحبه" إلا أن يوكله أو يكون غائبا. انتهى. وقال ابن حارث في أصول الفتوى: ولا يخاصم أحد الوصيين دون صاحبه فيما يطلبونه من مال الميت، وجائز أن يخاصم [أحدهما²³³⁶]

الحديث

2329 * - في المطبوع ولا هي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 12 ص 444.

2330 * - كذا في النسخ.

2331 - في المطبوع سيد على حاكم غائب بلا حكم وما بين المعقوفين من ن عود ص 396 وم ص 128 ويم ص 142.

2332 - في المطبوع حق وما بين المعقوفين من م 128 وسيد 53.

2333 - في المطبوع والاثنين وما بين المعقوفين من م 128 وسيد 53.

2334 - في المطبوع وم ص 128 اختلف وما بين المعقوفين من ن عود ص 397 ويم ص 142 وسيد ومايبي 279.

2335 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 397 وم ص 128 وسيد ومايبي 279.

2336 - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عود ص 397 ويم ص 142 وسيد ومايبي 279.

متن الخطاب فيما يطلب به الميت؛ لأن القضاء على الغائب جائز، ويكون الغائب على حجته. انتهى. فإن أنكح [أحدهما] ²³³⁷ بغير إذن الآخر فقد تقدم في النكاح أنه نكاح فاسد، فإن باع أو اشترى دون صاحبه وأراد صاحبه رده رفعه [للسultan، فإن] ²³³⁸ رآه صواباً أمضاه وإلا رده، فإن فات المشتري بالبيع كان على الذي [انفرد] ²³³⁹ بالبيع الأكثر من الثمن أو القيمة، وإن اشترى وفات البائع بالثمن كانت السلعة المشتراة له وغرم الثمن، وقال أشهب إلا في الشيء التافه الذي لا بد لليتم منه مثل أن يغيب أحدهما فيشتري الباقي الطعام والكسوة وما يضر باليتم [استخاره]. ²³⁴⁰ انتهى. ونقله في التوضيح، وقال في آخر كتاب الرهون من مختصر المدونة لابن أبي زيد: وللوصي أن يرهن من مال اليتيم رهناً فيما يبتاع له من مصالحه كما يتداين عليه، ولا يدفع أحد الوصيين رهناً من التركة إلا بإذن صاحبه، وإن [اختلفا] ²³⁴¹ نظر الإمام، وكذلك البيع والنكاح. انتهى. والله أعلم.

تنبيه: قول المصنف: "حملاً على التعاون" هذا إن أطلق الميت، وأما إن نص على اجتماع أو انفرد فلا إشكال أنه يتبع. قاله في التوضيح وغيره، وقال ابن سلمون: فإن قدم على الميت وصيان فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالنظر عن صاحبه، إلا أن يشترط المقدم أن من عاقه منهما عائق انفرد صاحبه به فيكون له ذلك عند العائق. اهـ.

مسألة: قال ابن سهل في أحكامه في أوائل مسائل السفية: وقالوا في رجل أوصى على ابنه إلى فلان وفلان فمن مات منهما أو غاب فالباقى منفرد فثبت سخطة أحدهما فإن للقاضي أن يوكل مع الباقي ناظراً مأموناً ولا ينفرد لأن المعزول لسخطة لم يمت ولا غاب. انتهى.

فرع: قال المشذلي في حاشيته في كتاب الوصايا الأول: قال ابن عبد السلام: انظر هل يتنزل المشرف على الوصي منزلة أحد الوصيين؟ قال المشذلي: [قال] ²³⁴² ابن سهل عن ابن عتاب في بعض أجوبته ما نصه: وسبب المشاورة كسبب الوصي أو أقوى، وانظر نوازل ابن رشد في النكاح فإنه قال إن المشرف ليس بولي ولا وصي، وإنما له المشورة. انتهى. ونحوه في اللباب في باب الوصايا [ونصه: ²³⁴³ فإن كان أحدهما مشرفاً فله أن يشرف على أفعال الوصي كلها، ولا يفعل شيئاً إلا بمعرفته، فإن فعل شيئاً بغير علمه مضى إن كان [سداداً] ²³⁴⁴، وإلا رده، وشهادة المشرف للمحجور جائزة، بخلاف الوصي. انتهى.

- 2337 - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 142 وم ص 128 وسيد ومايaby 279.
- 2338 - في المطبوع وسيد ويم ص 142 وم ص 128 قال اللخمي فإن فعل وأراد الآخر رد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ومايaby 279.
- 2339 - في المطبوع نفرد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 142 وم ص 128 وسيد ومايaby 279.
- 2340 - في المطبوع يم ص 143 وم ص 128 استخاره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397.
- 2341 - في المطبوع وم ص 128 اختلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وسيد ومايaby 279.
- 2342 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من م 129 وسيد 93.
- 2343 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وم ص 129 ومايaby 279.
- 2344 - في المطبوع سدداً وما بين المعقوفين من م 129 وسيد 93.

نص خليل وَلَا لَهُمَا قَسْمُ الْمَالِ وَلَا ضَمَنًا.

متن الخطاب

وفي ابن سلمون في آخر ترجمة الكلام على المحجور بعد أن ذكر الكلام على الوصيين، وأما [المشرف²³⁴⁵] إذا كان على وصي فإنما يكون المال عند الوصي. قال أحمد بن نصر: وله [إجراء²³⁴⁶] النفقة والكسوة على محجوره، ولا يكون ذلك من المشرف، وإنما للمشرف النظر في البيع والشراء [لا يكون إلا²³⁴⁷] برأيه، وإن فعل بغير رأيه رده إن لم يكن نظراً، وقال غيره للمشرف أن يشرف على أفعال الوصي كلها من إجراء النفقة وغيرها، ولا [يتقلب²³⁴⁸] [في شيء²³⁴⁹] إلا بمعرفته، فإن فعل شيئاً بغير علمه مضى إن كان سداداً، وإلا رده المشرف، وإن أراد رد السداد لم يكن له ذلك ونظر السلطان فيه. انتهى. وتقدم في النكاح عند قول المصنف: "وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر" كلام ابن رشد في النوازل على المشرف، وأنه ليس بولي وإنما له المشورة والإجازة والرد إن عقد الوصي/ بغير إذنه. والله أعلم. ومن مختصر النوازل: أفتى القاضي ابن رشد أن المحجور إذا جرى بينه وبين المشرف على وصيه في أمر عداوة أو مخاصمة فإنه يعزل عن الإشراف. انتهى. وهي في مسائل الدعوى والخصومات من النوازل مبسطة. والله أعلم.

398

ص: ولا لهما قسم المال وإلا ضمناش: قال في المدونة: ولا يقسم المال بينهما ولكن عند أعدلهما، فإن استويا في العدالة جعله الإمام عند أكفئهما، ولو اقتسما الصبية فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده من الصبيان. انتهى. قال اللخمي: ولو جعلاه عند أدناهما عدالة لم يضمنا لأن كليهما عدل ثم قال: قال مالك في كتاب محمد: فإن اختلفوا طبع عليه وجعل عند غيرهم. انتهى. وقول المصنف: "وإلا ضمنا" أي وإن اقتسماه ضمنا، [وهذا قول ابن الماجشون، وعليه اقتصر ابن الحاجب، وظاهر كلام المصنف أن كل واحد يضمن ما بيده وما بيد صاحبه،²³⁵⁰] وهو الذي نقله اللخمي عن ابن الماجشون، [وظاهر²³⁵¹] ما حكاه ابن يونس وابن الحاجب أن كل واحد إنما يضمن ما بيد صاحبه، وقال أشهب وسحنون لا ضمان عليهما.

فرع: قال ابن عات عن المشاور: إن قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون إذن صاحبه [أو وكالته²³⁵²] لم يجز بيعه ويرده الآخر، ويضمنه إن فات، إلا أن يكون شرط الموصي أن من عاقبه عائق فالباقى منهما منفرد بالوصية ففعل أحدهما جائز وقت مغيب الآخر، أو شغله من غير وكالة، ولا

الحديث

2345 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايaby 279..

2346 - في المطبوع أجر وما بين المعقوفين من يم 164 وسيد 53 ومايaby 279.

2347 - في المطبوع إلا أن يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايaby 279.

2348 - في المطبوع ينقلب وما بين المعقوفين من م 129 ويم 164.

2349 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 397 ويم ص 143 وم ص 129 ومايaby 280.

2350 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 ومايaby 280.

2351 - في المطبوع ظاهره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 ومايaby 280.

2352 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايaby 280.

نص خليل وَلِلْوَصِيِّ اقْتِضَاءُ الدِّينِ وَتَأْخِيرُهُ بِالنَّظَرِ.

متن الخطاب ضمان عليه فيما فعل حينئذ. قلت: هذا على مذهب ابن الماجشون لا سحنون. انتهى من مسائل الوصايا من البرزلي.

ص: وللوصي اقتضاء الدين ش: تصوره ظاهر، وأما قضاء الوصي ما على الميت من الدين فقال في النواذر في أوائل كتاب الوصايا: قال أصبغ في الميت يشهد وصيه أن ثلثه صدقة ولا يشهد غيره قال إن خفي له وأمن إذا أخرجه فليفعول وإثم عليه، بل ذلك عليه واجب، وقد قال أشهب إذا علم أن على الميت ديناً وهو لا يخاف عاقبته فعليه أن يؤديه من تركته، وكذلك ما سئلت عنه من الوصايا والحقوق والديون، ولو علم أن في تركته عبداً حراً يعتق من رأس ماله أو في ثلثه أن عليه أن يهمله ولا يعرض له ببيع ولا خدمة ولا غيرها، وكذلك الوارث فيما علم من هذا كله [وأشهبه²³⁵³] عليه الميت وهذا الباب كثير معناه في كتاب الشهادات. انتهى.

وفي الكتاب المذكور منها أيضاً عن ابن المواز قال أشهب عن مالك في صغير يوصى له بدينار [فلم²³⁵⁴] يشهد بذلك إلا الوصي، فإن خفي للوصي دفع ذلك فليفعول، وكذلك لو رفع إلى الإمام فلم يقبل شهادته فله دفعه إن خفي له. قال محمد: ولو كان كبيراً لحلف وأخذ، ولو كان كذلك يوقف للصبي حتى يكبر فيحلف لكان [يتهم الوصي²³⁵⁵] في بقاء ذلك بيده إلى بلوغه. انتهى. ثم قال في آخر الوصايا الأول في ترجمة الوصي يقضي عن الموصي الدين بغير بينة: ومن المجموعة قال أشهب: وللوصي أن يقضي الدين عن الميت بغير أمر [قاض إن كانت²³⁵⁶] فيه بينة عدول، والثقة له أن لا يدفع إلا بأمر قاض؛ لأنه لو بلغ بعض الورثة فخرج شهود الدين لضمن [وأخذت²³⁵⁷] ممن قبضها، ولو كان بأمر قاض لم يرد ولم يقبل تجريحهم لأنه حكم نفذ، وإن دفع الوصي إلى الغريم ثم قام آخرون فأثبتوا دينهم وجرحوا بينة الأول فالوصي ضامن، ويرجع على الأول بما أخذ أو يغرمه القائمون [إن شاءوا، أو يدعوا²³⁵⁸] الوصي ثم لا يرجع الأول على الوصي بشيء، ولو دفع إليه بقضية لم يضمن للقائمين بعده ورجعوا على الأول بحصتهم، وكذلك قال ابن القاسم إن كان الوصي عالماً بغرماء الميت، أو كان موصوفاً بالدين فيضمن لمن أتى ويرجع على من أخذ، وأما إن لم يعلم ولم يكن الميت موصوفاً بالدين لم يرجعوا إلا على من أخذ، وقال في قضاء الورثة بعض الغرماء كما قال في الوصي.

الحديث

- 2353 - في المطبوع وأشهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 وم ص 129 وسيد ومايأبى 280.
2354 - في المطبوع فإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايأبى 280.
2355 - في المطبوع بينهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129 وسيد ومايأبى 280.
2356 - في المطبوع قال إن من كان فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 398 ويم ص 143 وم ص 129.
2357 - في المطبوع أخذت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 53.
2358 - في م 12 المطبوع القائمون أو يدعوا وما بين المعقوفين من 9 ويم 164 وسيد 53.

نص خليل

وَالنَّفَقَةُ عَلَى الطِّفْلِ بِالْمَعْرُوفِ وَفِي خَتْنِهِ وَعُرْسِهِ وَعِيدِهِ وَدَفْعُ نَفَقَةٍ لَهُ قُلْتُ وَإِخْرَاجُ فِطْرَتِهِ وَزَكَاتِهِ وَرَفْعُ لِلْحَاكِمِ إِنْ كَانَ حَاكِمٌ حَنْفِيٌّ.

متن الخطاب

وقال في [الوصي]: ²³⁵⁹ وقال مثله عبد الملك إذا تأنوا ولم يعجلوا وبعد الصياح في الدين وفعلوا ما كان يفعله السلطان فلا يضمنوا، وأما إن عجلوا ضمنوا، فإن لم يكن عندهم شيء رجع الطاريء على الأول.

399

قال أشهب في الوصيين يدفعان ديننا/ بشهادتهما، أو الوارثين ثم يطرأ دين آخر أو وارث ثم [يقوم: ²³⁶⁰] فإن دفعا بأمر قاض لم [يضمننا، ²³⁶¹] ويرجع على الأول، وإنما تقبل شهادتهما قبل أن يدفع، وأما بعد الدفع فإن كان بغير أمر قاض فيضمنان. انتهى.
ص: والنفقة على الطفل بالمعروف ش: صورته واضح.

مسألة: قال ابن رشد في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: أجمع أهل العلم أن أكل مال اليتيم ظلما من الكبائر لا يحل ولا يجوز، وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز للفقير المحتاج أن يأكل من مال [يتيمه ²³⁶²] بقدر اشتغاله به وخدمته فيه وقيامه عليه، وإلا فلا يسوغ له أن يأكل منه إلا ما لا ثمن له ولا قدر لقيمته مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه، ومثل الفاكهة من حائطه، ومن أهل العلم من أجاز له أن يأكل منه على [وجه ²³⁶³] السلف، ومنهم من أجاز له أن يأكل منه ويكتسي بقدر حاجته وما تدعوا إليه الضرورة، وليس عليه رد ذلك، وأما الغني فإن لم يكن فيه خدمة ولا عمل سوى أن يتفقده ويشرف عليه فليس له أن يأكل منه إلا ما لا قدر له ولا بال مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه، والتمر يأكله من حائطه إذا دخله، واختلف إن كان له فيه خدمة وعمل؟ فقيل إن له أن يأكل [منه ²³⁶⁴] بقدر عمله فيه وخدمته له، وقيل ليس له ذلك لقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ انتهى بالمعنى. ونقله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا. والله أعلم.

ص: وفي ختونه وعرسه وعيده ش: قال في النوادر: قال مالك: وليوسع عليهم ولا يضيق، وربما قال [له ²³⁶⁵] أن يشتري لهم بعض ما يلهمهم به، وذلك مما يطيب نفوسهم به. انتهى.
ص: وإخراج فطرته وزكاته ش: يعني أن الوصي له أن يخرج عن الصبي فطرته، وله أن يخرج زكاة ماله. قال في النوادر: قال ابن حبيب: ويشهد فإن لم يشهد وكان مأمونا صدق انتهى. وانظر إذا لم يكن مأمونا هل يلزمه غرم المال، أو يحلف؟ لم أر فيه نصا.
ص: ورفع للحاكم إن كان حاكم حنفي ش: تقدم الكلام عليه في الزكاة. والله أعلم.

الحديث

2359 - في المطبوع الصبي وما بين المعقوفين من م 129 ويم 164 وسيد 53.

2360 - في المطبوع يقدم وما بين المعقوفين من م 129 ويم 164 وسيد 53.

2361 - في المطبوع يضمنوا وما بين المعقوفين من م 129 ويم 164 وسيد 53.

2362 - في المطبوع اليتيم ويحيى (ص 511 إن يأكل مال) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 وما يابى 280 ويم ص 143 وم 129.

2363 - في م 129 وسيد 53 على سبيل السلف.

2364 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 ويم ص 143 وم ص 129 وما يابى 281.

2365 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 ويم ص 144 وم ص 129 وما يابى 281.

نص خليل وَدَفَعُ مَالِهِ قِرَاضًا وَبِضَاعَةً.

ص: ودفع ماله قراضاً أو بضاعة ش: قال في المدونة في كتاب الرهون: وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه إلا أن يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره. انتهى. وسواء كان ذلك في بر أو بحر كما ذكره في النوادر والجواهر وابن عرفة، وقيده ابن عرفة بالأمن، ونصه: الشيخ عن المجموعة والموازية: روى ابن القاسم له أن يتجر بأموال اليتامى ولا يضمن، وروى ابن وهب في البر والبحر. قلت: مع الأمن قاله غير واحد. انتهى. ولفظ النوادر ومن المجموعة، وفي كتاب ابن المواز نحوه. قال ابن القاسم عن مالك: وله أن يتجر بأموال اليتامى لهم، ولا ضمان عليه. قاله عنه ابن وهب في البر والبحر ويشترى لهم الرقيق للغلة والحيوان من الماشية وشبه ذلك، وذلك كله حسن، وقد فعله السلف، وقد أعطت عائشة مال يتيم لمن يتجر [له²³⁶⁶] به في البحر، وأنكر ما يفعل أهل العراق أن يقرضوا أموالهم لمن يضمنها وأعظم كراهيته.

قال أشهب: وله أن يتجر بمال يتيمة [بيديه،²³⁶⁷] أو يؤجر له من يتجر فيه أو يدفعه قراضاً أو بضاعة على اجتهاده ولا يضمن، وله أن يودع ماله على النظر ولأمر يراه، فأما أن يفعله على المعروف بمن يأخذه فلا يصلح ذلك، وذكر كله ابن / المواز لابن القاسم، ولم يذكر أشهب، ومن هذه الدواوين قال مالك: وله أن يدفع ماله قراضاً إذا دفع إلى أمين ولا يضمن. قال في كتاب ابن المواز: وله أن يبضع لهم ويبعث في البر والبحر، وله أن يودع مالههم ويسلفه. قال ابن المواز: يسلفه [على²³⁶⁸] التجارة، فأما على المعروف فلا. انتهى.

تنبيهات: الأول: فهم من قول المصنف: للوصي دفع ماله قراضاً وبضاعة، ومن قول المدونة: "وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة"، ومن قول النوادر: "وله أن يتجر بأموال اليتامى" أنه لا يجب على الوصي التجارة بمال اليتيم وهو كذلك، وإنما يستحسن له ذلك. قال ابن عرفة: روى محمد إنما للوصي في مال اليتيم فعل ما ينمي أو ينفعه. اللخمي: وحسن أن يتجر له به وليس ذلك عليه. انتهى. وكلام اللخمي المذكور هو في باب الوصايا، وصرح أيضاً في كتاب الزكاة بأنه لا يجب عليه ذلك، وتقدم في كلام النوادر أن ذلك حسن، وقد فعله السلف.

الثاني: قال في العتبية في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية: قال ابن القاسم إن الضمان الذي يفعله أهل العراق في أموال اليتامى حرام يضمنونها أقواماً يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها، والسنة فيها إن كان لهم وصي ثقة لم تحرك من يده، وإن كان غير ثقة أو لم يكن لهم وصي استودعها القاضي عند ثقة. قال ابن رشد: الوجه في أموال اليتامى دفعها إلى من يتجر فيها تطوعاً

الحديث

²³⁶⁶ - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 169 ويم ص 144 وم ص 130 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 399 وما يابى 281.

²³⁶⁷ - في المطبوع ببنته (ويحيى ص 169 بيده) (يم ص 144 وم ص 130 ببنته) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399.

²³⁶⁸ - في المطبوع في ويحيى ص 169 ويم ص 144 وم ص 130 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 400.

للثواب، فإن لم يوجد فعلى سبيل القراض، فإن لم يكن أودعت عند من يوثق به، فإن تعدى عليها المودع فتسلفها ضمنها، وسقط عن اليتامى زكاتها، ولم يحل أن يضمن لأحد على أن يكون له ربحها؛ لأنه سلف، لغير وجه الله لم يبتغ به المقرض إلا منفعة نفسه لا منفعة المقرض. اهـ مختصراً. وتقدم في كلام النوادر فيما نقله ابن القاسم عن مالك [أنه أنكر²³⁶⁹] ما يفعل أهل العراق أن يقرضوا أموال اليتامى لمن يضمنها وأعظم [كراهيته،²³⁷⁰] فالكراهة محمولة على التحريم كما تقدم في كلامه في العتبية، وقال في النوادر أيضاً: قال ابن الماجشون: وليس للوصي أن يسلف أموال اليتامى على وجه المعروف ولو أخذ رهناً، وأما العمل به مما يحصل لهم فيه ربح على الوجه الجائر الذي لا حيلة فيه ظاهراً وباطناً فله ذلك. انتهى بالمعنى. والله أعلم.

الثالث: تقدم في كلام النوادر عن ابن المواز وابن الماجشون أنه ليس للوصي أن يسلف مالهم على وجه المعروف، ونص على ذلك اللخمي بزيادة فيه، ولفظه: ولا يسلف ماله لأن ذلك معروف، إلا أن يكون كثير التجار له ويسلف الشيء اليسير مما يصلح وجهه مع الناس فلا بأس. انتهى. ونقله ابن عرفة عنه بلفظه، وأما [استسلاف الوصي²³⁷¹] ماله فقال في النوادر في كتاب الوصايا: قال في المجموعة وغيرها ولا أحب أن يركب له دابة ولا يتسلف ماله، وقاله عنه ابن وهب في المجموعة، ومن مات في سفر وأوصى رجلاً فلا يتسلف الوصي من تركته، ولا أحب أن يشتري من متاعه، وقاله أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز. قال عنه ابن نافع في المجموعة: ولا أحب أن يتسلف من مال بيده لغيره، وأجازه بعض الناس، فراجع فقال: إن كان له مال فيه وفاء فأرجو إذا أشهد أن لا بأس به. انتهى. وقال في كتاب الزكاة منها في ترجمة زكاة مال المفقود والصبي: وقال ابن حبيب: وإن استنفق مال يتيمه وله به ملاء وخاف أن [يغمر²³⁷²] له به فلا بأس بذلك، وقاله القاسم بن محمد، وكان ابن عمر يسلفه ويستسلفه، وإذا لم يكن له ملاء فلا يستسلفه. انتهى.

وقال في مختصر الواضحة: قال عبد الملك: وإن ترك والي اليتيم أن يتجر بماله أو يبيع لما خشي من التغرير به وتجر لنفسه [أو يضمنه²³⁷³] أو استنفقه فلا بأس بذلك إذا كان عنده به وفاء إن عطب، وكذلك قال مالك وأصحابه، وإذا لم يكن به وفاء فلا يحل له أن يستسلفه ولا أن يتجر فيه لنفسه لأنه يعرضه للتلف ولا مال له، فإن فعل فالربح له [بتعديه، وهو²³⁷⁴] ضامن له بعد. قال فضل: هذا قول مالك وأصحابه إلا ابن الماجشون، فإنه روى عن مالك أن الربح لليتيم والضمان على الوصي بتعديه، وقد ذكره ابن حبيب في سماعه. هذا إذا تجر به لنفسه ولا وفاء له. انتهى.

2369 - في المطبوع أنه إذا أنكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 400 وم ص 130 ويم 165 ويحيى ص 169.

2370 - في المطبوع «م 130 كراهية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 400 ويم ص 144 ويحيى ص 169.

2371 * - في المطبوع إسلاف الموصي وما بين المعقوفين من يم 165 وم 130 ويحيى 511.

2372 - في المطبوع بعذر (يم ص 144 م ص 130 يغدر) (يحيى ص 169 أن يغرم) وما بين المعقوفين من ن عدود

ص 400 وسيد.

2373 * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب وفي نسخة يحيى 511 أن يضمنه ولعل الأصل على أن يضمنه.

2374 - في المطبوع تبعديه وقد ذكر ابن حبيب وهو ضامن وما بين المعقوفين من م 130 ويحيى 511 وسيد 54.

نص خليل وَلَا يَعْمَلُ هُوَ بِهِ.

متن الخطاب ص: وَلَا يَعْمَلُ هُوَ بِهِ ش: قال الشارح: أي ليس للوصي أن يعمل هو بنفسه في مال الصغير؛ لأنه يصير كمؤاجر نفسه منه، وهو لا يجوز له ذلك. انتهى. زاد في الوسط: وقيل إن عمل به على [جزء²³⁷⁵] يشبه قراض مثله مضى كسواء شيء لليتيم. انتهى. وظاهره أن القول الأول يقول لا يمضي مطلقاً، وكذا ساق القولين في الشامل، وصدر بالأول وعطف الثاني بقليل، ونصه: [وله²³⁷⁶] دفع ماله قراضاً ووديعة ولا يعمل هو بنفسه، وقيل إن وقع على جزء يشبه قراض مثله كسواء سلعة لليتيم لا لنفسه من التركة ونظر فيه الحاكم، وهل يوم الشراء، أو يوم الدفع، أو الآن؟ أقوال، وقيل تعاد للسوق، فإن زاد لليتيم، وإلا مضى، وفيها: سئل عن حمارين ثمنهما ثلاثة دنانير وتسوق بهما بدوا وحضرا فأراد الوصي [أخذهما²³⁷⁷] بما أعطى فأجازه. انتهى. وظاهر كلام ابن عرفة أنه موافق له، ونصه: [الشيخ: ²³⁷⁸] لأشهب في الكتابين لا يعمل الوصي بمال اليتيم قراضاً كما لا يبيع [لهم²³⁷⁹] من نفسه ولا يشتري لهم، وقال بعض أصحابنا في كتاب آخر إن أخذه على جزء من الربح يشبه قراض مثله مضى ذلك. انتهى. والمراد بالكتابين المجموعة والموازية، وظاهر كلام التوضيح أن القول الثاني من كمال القول الأول ومفرع عليه، ونصه: قال ابن الحاجب: ولا يعمل هو به قراضاً عند أشهب. قال في التوضيح: [لأنه كمؤاجر²³⁸⁰] نفسه، وهو لا يجوز له ذلك كما لا يبيع له سلعة لنفسه بعض أصحابنا، فإن أخذه على الجزء من الربح يشبه قراض مثله أمضى كسواء لليتيم. اهـ. وانظر عزو ابن الحاجب وابن عرفة هذه المسألة لأشهب، وقبول المصنف لذلك وإقراره، مع أنها في المدونة في كتاب الرهون، وهو نصها المتقدم في أول القولة التي قبل هذه، وهو قوله: "وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة"، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه إلا أن يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره. قال أبو الحسن: مخافة أن يحابي نفسه؛ لأنه معزول عن نفسه خوف أن يحابي نفسه، فإن عمل به بنفسه فإن كان عمله مثل الجزء الذي سمى كان الربح بينهما على ما شرط، وإن خسر لم يضمن، وإن كان الجزء أكثر من العمل كان له قراض مثله، فإن خسر اختلف هل يضمن أم لا؟ والتضمين ضعيف. انتهى. وقال ابن رشد في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا في شرح مسألة وهي: وسئل

الحديث

2375 - في المطبوع وجه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويم ص 144 ويحيى ص 170 وم ص 130 وسيد وماياني 281.

2376 - في المطبوع ولو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويم ص 144 وم ص 130 ويحيى ص 170 وسيد وماياني 281.

2377 - في المطبوع أخذها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويم ص 144 ويحيى ص 170 وم ص 130 وسيد وماياني 282.

2378 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويم ص 144 ويحيى ص 170 وم ص 130 وسيد وماياني 282.

2379 - في المطبوع منهم وما بين المعقوفين من يم 165 وسيد 54 وماياني 282 ويحيى 512 وم 130.

2380 - في المطبوع يم ص 144 وم ص 130 لأنه كمؤاجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 ويحيى 512 وسيد وماياني 282.

متن الخطاب عن الوصي أيقارض بمال اليتيم الذي أوصى إليه به؟ قال: نعم لا بأس، ولا ضمان عليه فيه [إن²³⁸¹] هلك إن كان دفعه إلى أمين. ابن رشد: هذا كما قال إن للوصي أن يدفع مال يتيمة مضاربة؛ لأنه ينظر له بما ينظر لنفسه، ومثل هذا في الرهون من المدونة أن للوصي أن يتجر بمال اليتيم أو يقارض به، ويكره أن يعمل هو به مضاربة. قال في الزكاة من كتاب ابن مزين: فإن عمل به بقراض مثله جاز، ولم يكن عليه [فيه²³⁸²] ضمان إن تلف، وإن عمل فيه بأكثر من قراض مثله فغبن اليتيم في ذلك رد إلى قراض مثله، وضمن المال إن تلف. قال يحيى بن إبراهيم: قوله في الضمان ضعيف. انتهى. فتحصل من هذا أن المسألة في المدونة، وأن النهي فيها على الكراهة كما صرح به ابن رشد وكما هو ظاهر لفظ المدونة، وأن ما في ابن مزين من تنمة المسألة وتفسير لها كما نقله أبو الحسن، وكما يظهر من كلام ابن رشد المتقدم. والله أعلم.

فروع: الأول: قال المشذلي في حاشيته في الرهون: أخذ من قوله في المدونة: "وللوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة" جواز الصلح على المحجور فيما ادعي عليه وخاف أن يثبت على المحجور، أو طلب المحجور دعوى على الغير فخاف الوصي أن لا يثبت أنه يصلح على البعض [فيعطيه²³⁸³] أو يأخذه، ونص عليه صاحب الطراز، والجامع بينهما أنه جوز دفع المال مضاربة مع احتمال ذهابه فضلا عن حصول رأس المال فضلا عن الربح.

402

قلت: قال في نوازل أصبغ سألت ابن القاسم عن الوصي أيسال عن الأيتام؟ قال: نعم إن رآه نظرا. قال ابن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الروايات، وظاهرها أن الوصي يجوز صلحه عن الأيتام فيما يراه نظرا فيما طالب له وطلب به؛ بأن يأخذ البعض ويترك البعض إذا خشي أنه لا يصلح له ما ادعاه، أو يعطي من ماله بعض ما يطلب إذا خشي أن يثبت عليه جميعه، وهو له [في النواذر، خلاف²³⁸⁴] ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون أنه يجوز فيما يطلب له لا فيما يطلب به، والصواب أنه لا فرق بينهما. المشذلي: انظر الطرر في ترجمة بيع الوصي على اليتيم داره إذا هت أو خشي تهدمها. انتهى.

تنبيه: وأما إبراء الوصي عنه الإبراء العام فقال البرزلي في آخر مسائل الوكالات إنه لا [يبرئ²³⁸⁵] الوصي عنه مبارأة عامة، وإنما [يبرئ²³⁸⁶] في المعينات، وفيه أيضا أنه لا يجوز إقرار الوصي والأب على الصغير، وتقدم في باب الإقرار عند قول المصنف: "وإن أبرأ فلانا مما له قبله" كلام البرزلي في الإبراء العام عن اليتيم.

الحديث

2381 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 401 .

2382 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 130 وسيد 54.

2383 - * في المطبوع عطية وما بين المعقوفين من م 166 وسيد 54.

2384 - (في المطبوع يحيى ص 170 م 145 ص 131 سيد في النواذر مكشوف خلاف) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402.

2385 - * في المطبوع يبرأ وما بين المعقوفين من البرزلي ج 3 ص 499.

2386 - * في المطبوع يبرأ وما بين المعقوفين من البرزلي ج 3 ص 499.

نص خليل

وَلَا اشْتَرَاءٌ مِنَ التَّرَكَةِ وَتُعَقَّبَ بِالنَّظَرِ إِلَّا كَحِمَارَيْنِ قَلَّ ثَمَنُهُمَا وَتَسَوَّقَ بِهِمَا الْحَضَرُ وَالسَّفَرُ وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَلَوْ قَبِلَ.

متن الخطاب

الثاني: قال الوانوغي: لو عمل الوصي أو الأب في أرض الصغير مغارسة لأنفسهما كان لهما قيمة عملهما مقلوعا. انتهى.

الثالث: إذا تجر الوصي بمال اليتيم لنفسه فهل يكون الربح له أو لليتيم، أو يفرق بين الملىء فيكون له، والمعدم فيكون لليتيم؟ ثلاثة أقوال حكاه المتيطي، ونقلها عنه الوانوغي في الحاشية، والذي اقتصر عليه أكثر أهل المذهب أن الربح للوصي، وهو الذي عزاه عبد الملك لأكثر أصحاب مالك كما تقدم في كلام مختصر الواضحة في التنبيه الثالث من القولة التي قبل هذه، ونقله ابن فرحون في التبصرة. والله أعلم.

الرابع: قال المشذالي: قال الوانوغي: لو تجر الوصي في مال المحجور فربح، فلما رشد اليتيم قال للوصي إنما تجرت على أن الربح لي وأنكر الوصي فقال ابن عبد السلام: القول قول الوصي مع يمينه. انتهى. [وهذا على ²³⁸⁷] القول [بأن ²³⁸⁸] الربح للوصي.

الخامس: قال المشذالي: قال الوانوغي: لو تسلف الوصي على الأيتام حتى يباع لهم فتلّف مالهم فلا ضمان عليه. المشذالي: يريد لا يلزمه أن يغرم ذلك من ماله لمن استسلفه منه، وهذا إذا قال للمسلف إنما أستسلفه للأيتام، وأما إن لم يقل فالضمان لازم له. قاله في الطرر، وكان من حق الوانوغي أن لا يترك هذه الزيادة لإعطاء كلامه سقوط الضمان مطلقا. انتهى.

السادس: منه أيضا لو كان للأيتام إخوة فأنفق الوصي على بعضهم من مال بعض ضمن الوصي لمن أنفق من ماله ورجع بذلك على المنفق عليه. انتهى.

السابع: قال في الطرر في باب زكاة الفطر: من بيده مال الصغير من غير إيصاء فليرفع للإمام، فإن أنفقه عليه من غير إذن [السلطان. ²³⁸⁹] قال ابن القاسم يصدق في مثل نفقة ذلك الصبي وزكاة الفطر قال سند: من غير إسراف إذا ثبت أنهم في نفقته وحجره، فإن تصرف في المال ببيع فخر أو ببضاعة فذهب كان ضامنا؛ كمن تجر في مال غيره بغير إذن، فإن تلف من غير أن يحركه فلا ضمان عليه. انتهى.

الثامن: قال في النوادر في كتاب البيوع في ترجمة شراء ما وكل على بيعه أو [أسند ²³⁹⁰] إليه أو تسلفه منه: ومن الواضحة قال مالك: ولا أحب أن يتسلف مما أودع أو كان فيه وصيا. انتهى.

ص: [ولا اشتراء ²³⁹¹] من التركة وتعقب بالنظر ش: قال في الوصايا الأول: ولا يشتري الوصي من التركة ولا يوكل ولا [يدس، ²³⁹²] فإن فعل تعقب ذلك. انتهى. قال القرطبي في تفسير

الحديث

2387 - في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم ص 145 ويحيى ص 170 وم ص 131

2388 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم ص 145 ويحيى ص 170 وم ص 131

2389 - في المطبوع يحيى ص 170 يم ص 145 سلطان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402

2390 - في المطبوع أسنده وما بين المعقوفين من م 131 وسيد 54 ويحيى 512.

2391 - في المطبوع ولا اشتراء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم ص 145 ويحيى ص 170 وم ص 131

2392 - في المطبوع يؤمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 402 ويم ص 145 ويحيى ص 170 وم ص 131

نص خليل لَا بَعْدَهُمَا وَإِنْ أَبَى الْقَبُولَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا قَبُولَ لَهُ بَعْدُ.

متن الخطاب سورة البقرة في قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى﴾: اختلف هل له أن يشتري لنفسه من مال يتيمة فقال مالك يشتري في مشهور الأقوال، والقول الثاني أنه لا ينبغي أن يشتري مما تحت يده شيئاً لما يلحقه من التهمة، إلا أن يكون البيع في ذلك بيع سلطان في ملا من الناس، وقال ابن عبد الحكم لا يشتري من التركة، ولا بأس أن يدس من يشتري له منها إذا لم يعلم أنه من قبله. انتهى. وقال ابن الفرس في أحكام القرآن في هذه الآية: واختلف في الوصي يشتري من مال يتيمة أو يبيع منه ماله فعندنا أنه جائز ما لم يحاب، ويكره أولاً [أي²³⁹³] ابتداء، وانظر بقية كلامه، وقال ابن عرفة: وما في وصاياها خلاف ما في استبرائها. انتهى. والله أعلم.

ص: لا بعدهما ش: يعني أنه ليس للوصي أن يعزل نفسه بعد موت الموصي وقبوله هو للوصية، وظاهره سواء أقام أحدا عوضه أم لا، وهذا هو الظاهر، وبه أفتى جماعة، ومعنى ذلك إذا تبرأ عن الإيصاء جملة بحيث إنه لم يبق له نظر أصلاً، ويجوز له أن يوكل على الأيتام من يتولى أمورهم بأمره. قال الجزيري في وثائقه: وللوصي أن يوصي بما إلى نظره إذا لم يكن معه شريك في الإيصاء، وليس له أن يفوض الإيصاء إلى غيره في حياته، وله أن يوكل من ينظر بأمره. انتهى. وقال في المسألة الثالثة من نوازل عيسى بن دينار من كتاب البضائع والوكالات: وسئل عيسى عن الرجل يوكل وكيلًا على [خصومة أو قيام بضیعة²³⁹⁴] أو [تقاضي²³⁹⁵] [دين²³⁹⁶] أو على وجه من الوجوه كلها فيريد الوكيل أن يوكل غيره على ما وكل عليه من ذلك في حياة الموكل أو عند موته أيجوز هذا؟ قال: لا يوكل [وكيل²³⁹⁷] على ما وكل عليه أحدا غيره، وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته أو عند موته فتكلم ابن رشد على مسألة توكيل الوكيل، ثم قال: وقوله وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته وعند موته هو نص قول مالك وجميع أصحابه، لا اختلاف بينهم فيه، وإنما اختلفوا في الوصيين أو الأوصياء هل لأحدهم أن يوصي بما إليه لشريكه ولغيره، أم ليس له ذلك، أوله أن يوصي به لشريكه لا إلى غيره؟ ثلاثة أقوال. قال: والأول هو أصح الأقوال وأولها بالصواب. انتهى. فقوله: "إنما يجوز للوصي إلى آخره" معناه يجوز له أن يوكل على ما فوض إليه في حياته وعند موته.

وقال ابن رشد في شرح المسألة العاشرة من رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا: للوصي أن يوصي بما أوصي به إليه في حياته وبعد وفاته لا خلاف أحفظه في ذلك. انتهى. وفي ابن سلمون ناقلاً عن مسائل ابن الحاج قال: إذا أراد الوصي أن يتبرأ من الإيصاء إلى رجل آخر بعد أن [ألزمه²³⁹⁸] فليس له ذلك إلا لعذر بين، وله فعل ذلك عند حضور موته لأنه من أبين العذر، وحكى الباجي في

الحديث

2393 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من م 131 وسيد 54 ويحيى 113.

2394 * - في المطبوع خصومه وقيا لبنيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2395 - في المطبوع تقاض وما بين المعقوفين من يحيى 513 ويم 166.

2396 * - في المطبوع ديون وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج 8 ص 193.

2397 - في المطبوع و يم ص 145 م ص 131 يحيى ص 170 وكلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403.

2398 * - في م 131 وسيد 54 ويحيى 513 لزمه.

متن الخطاب وثائقه أن له أن يوكل غيره في حياته وبعد مماته، ولا يجوز لوكيل القاضي على النظر لليتيم أن يوكل بما جعل إليه أحدا غيره حيي أو مات، ولا أن يوصي به إلى أحد. انتهى. ونقل البرزلي كلام الباجي، ونصه: ولا يجوز لمقدم القاضي توكيل أحد بما جعل إليه والوصية به لا في حياته ولا عند موته. انتهى. قال في مختصر المتيضية: وللوصي أن يوصي عند الموت بما جعل إليه إلى من شاء إن كان منفردا بالنظر، ويكون وصي الوصي كالوصي، وإن أراد الوصي في حياته أن يجعل ما بيده إلى غيره لم يكن له ذلك وإنما له أن يوكل من ينظر بأمره. قاله ابن العطار وغيره، وقال ابن زرب له ذلك. قيل فإن أراد أن يعود في نظره؟ قال: ليس له ذلك؛ لأنه قد تخلى عنه. اهـ. وفي مسائل الوصايا من البرزلي: وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر؟ قال: ذلك جائز ويتنزل منزلته. قيل له فلو أراد العود في نظره؟ قال: ليس له ذلك، وقد تخلى منه إلى الذي وكل. انتهى.

وفي المتيضية: وإذا قبلها في مرض الموت الذي توفي منه أو بعد موته وتولى النظر، ثم أراد أن يتخلى فليس ذلك له، إلا أن يخليه شريكه في النظر إن كان معه شريك، وكان في الوصية أن من عاقه عائق فالباقى منفرد، فإن لم يكن في الوصية هذا الشرط فإن القاضي يخليه ويقدم غيره إن كان منفردا، [أو²³⁹⁹] كان معه غيره، ولم يكن في الوصية هذا الشرط إذا ظهر له عذر ووجد من يقوم مقامه، وإن لم ينعقد عليه التزام في مرض الموصي ولا نظر بعد موته وأبى النظر فلا يجبر على النظر. قال في أحكام ابن بطال: وإن أنكر القبول حلف على ذلك وبرى/ انتهى.

404

وظاهر كلام المصنف أيضا أنه ليس له أن يعزل نفسه ولا للقاضي أن يخليه بعد الموت والقبول، سواء [قبل²⁴⁰⁰] في حياة الموصي أو بعد موته، وهو ظاهر كلام ابن الحاجب. قال: وليس له رجوع بعد الموت والقبول على الأصح. قال في التوضيح: ظاهره سواء قبل في حياة الموصي أو بعد موته، ونص في المدونة على الأول، وأشهب على الثاني. قال: وسواء قبل لفظا أو جاء منه ما يدل على ذلك من البيع والشراء لهم ما يصلحهم والاقتضاء والقضاء أو غير ذلك. قال ابن عبد السلام: وقال بعضهم لا فرق بين قبوله بعد الموت وقبله [أن²⁴⁰¹] له الرجوع، وأخذ من تعليل أشهب رجوعه في الحياة [بأنه لم يغره²⁴⁰²] فألزمه اللخمي أن يكون له الرجوع إن قبل بعد الموت لكونه لم [يغره²⁴⁰³]. انتهى. وذكر البرزلي عن ابن عات عن [ابن²⁴⁰⁴] ورد قال إذا كان قبوله في حياة

2399 - في المطبوع يم ص 146 م ص 132 و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403.
 2400 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويم ص 146 ويحيى ص 171 وم ص 132.
 2401 - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 404 ويحيى ص 171 ويم ص 146.
 2402 - في المطبوع فإنه لم يغره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 (ويحيى 513 فإن لم يعد) ويم ص 146.
 2403 - في المطبوع يغره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 (ويحيى 513 لكونه لم يغره) ويم ص 146.
 2404 - في المطبوع أبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويم ص 146 ويحيى ص 171.

متن الحطاب العاهد فلا يخلية القاضي إلا بعد ثبوت عذر يوجب ذلك، وإن كان قبوله بعد موته فللقاضي أن يخلية بغير عذر، وللفرق بينهما شرح يطول، وهذا حقيقة الفقه في هذا الفصل.

قلت: هو ظاهر قولها إذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد وفاته، وعليه سئل إذا خلى القاضي الوصي لعذر ثبت له وكان معه في النظر شريك هل يعذر إلى شريكه فيما ثبت له من العذر؟ فقال: إذا كان قبوله في حياة العاهد فلا بد من الإعذار إلى شريكه ثم يعمل بحسب ذلك، وإن كان قبوله بعد موته حيث يكون للقاضي أن [يعفيه²⁴⁰⁵] دون عذر كما تقدم فإنه لا متكلم لشريكه في ذلك فكيف يعذر إليه؟ وله أيضا إذا كان في الوصية من عاقه [منهما²⁴⁰⁶] عائق فالباقى منفرد فليس له أن يخلية من غير عذر، ولو كان له أن يخلية من غير عذر لكان قوله إلا أن يخلية شريكه معترضا أيضا؛ لأن شريكه لا يخلية إنما يخلية الموصي بشرطه في وصية من عاقه عائق فالباقى منفرد. انتهى.

ثم ذكر عن ابن ورد أن العذر لا بد أن يثبت أنه مانع له من القيام ألبتة، وأما إن لم يكن إلا أنه يشق عليه فلا [ينحل²⁴⁰⁷] بمثل ذلك، ويكون العذر أيضا طارئا بعد القبول، وأما إن كان حال القبول فلا، إلا أن يثبت أنه لا يقدر على القيام فيما أدخل نفسه فيه. انتهى. ومن هذا المعنى ما وقع في المسألة الثانية من سماع أشهب من كتاب الوصايا، وهي تتضمن فرعا آخر، وهو أن للوصي أن يرسل اليتيم إلى غير البلد الذي هو فيه إذا كان له فيه مصلحة، ونصه: قال وسئل -يعني مالكا- عن توفي بالمدينة وأوصى إلى رجل [وأوصى²⁴⁰⁸] أن امرأته أولى بولدها ما لم تنكح، فأرادت امرأته الخروج إلى العراق بولدها منه وهناك أهلها؟ فقال: ليس لها ذلك. فقيل [له: ²⁴⁰⁹] إن لولده ثم [ديوانا؟²⁴¹⁰] قال ما أرى ذلك لها قيل إذا يهلك ديوانهم وهم صغار؟ قال: هذا إن كان هكذا فلينظر في ذلك لليتامى، فإن رأى ولي اليتيم أن لهم المقام أقاموا، وإن رأى أن السير أرفق بهم ساروا. قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه ليس للأُم أن ترحل بولدها [الذين²⁴¹¹] في حضانتها عن بلد الموصى عليهم وإن كان الأب أوصى أنها أولى بولدها ما لم تنكح؛ لأن ذلك من حقها وإن لم يوص لها به مع أنها لا تغيب به إلى بلد آخر عن الوصي إلا أن يرى ذلك الوصي أو السلطان نظرا للأيتام؛ لثلا

- 2405 - في المطبوع ويم ص 146 يعقبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 (ويحيى 513 أن يتعقبه)
 2406 - في المطبوع ويم ص 146 م ص 132 منها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويحيى ص 171.
 2407 - في المطبوع ويم ص 146 يخل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 م ص 132 ويحيى ص 171.
 2408 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 171.
 2409 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 171.
 2410 - في المطبوع ديون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 171.
 2411 - * في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من يحيى 513.

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ لَا فِي تَارِيخِ الْمَوْتِ وَدَفْعِ مَالِهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ.

متن الخطاب يزول بمغيبهم اسمهم عن الديوان الذي كان يرتزق عليه أبوهم فتدركهم الضيقة. انتهى. ويؤخذ من هذه المسألة جواز تفسير الوصي من في حجره لمصلحة، وقد قال في كتاب الوصايا الثاني: وإن أوصى أن يحج عنه عبد أو صبي بمال فذلك نافذ ويدفع ذلك إليه ليحج به إذا أذن السيد والوالد، وإن لم يكن للصبي أب فأذن له [الوصي²⁴¹²] في ذلك فإن كان على الصبي فيه مشقة وضرر وخيف عليه في ذلك ضيقة فلا يجوز إذنه فيه، وإن كان الصبي قويا على الذهاب وكان ذلك نظرا له جاز إذنه؛ لأن الوصي لو أذن له أن يتجر وأمره بذلك جاز، ولو خرج في تجارة من موضع إلى موضع بإذن [الوصي²⁴¹³] لم يكن به بأس، فكذا يجوز إذنه في الحج على ما وصفنا، وقال غيره لا يجوز للوصي أن يأذن له في هذا.

405 قال ابن القاسم: فإن لم يأذن له وليه وقف المال/ إلى بلوغه فإن حج به، وإلا رجع ميراثا. انتهى. وظاهر كلامهم ولو كان في الطريق بحر، وقد تقدم في باب الحضانة أن الأصح أن للولي أن يسافر بمن في حجره إذا كانت الطريق مأمونة ولو كان فيها بحر، وتقدم هنا أن التجر بمال اليتيم في البحر والبحر جائز مع الأمن. والله أعلم.

تنبيه: تقدم في باب الحج عن ابن فرحون أنه نقل أن للوصي والولي غير المحرمين أن يسافرا بالصبية إذا لم يكن لها أهل تخلف عندهم [وكانا²⁴¹⁴] مأمونين، ويختلف فيه إن كان للصبية أهل وهو مأمون وله أهل. انتهى.

ص: والقول له في قدر النفقة ش: قال في الشامل: وصدق في قدر النفقة دون سرف مع يمينه إن بقي تحت حجره على الأكثر، وهل يجاب إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ولا يحلف، أو لا بد من يمينه؟ قولان. انتهى. وأصله في التوضيح، وعزا الأول لأبي عمران، والثاني لعياض قائلًا إن قد يمكن أقل مما ذكر. قال الشارح في الكبير: وهو الظاهر عندي. قال ابن غازي: قال ابن عبد السلام: والقول للوصي في أصل الإنفاق. انتهى.

فرع: قال في مختصر النوازل: وإقرار الرجل في مرضه ليتيمه بمال يمنع من طلبه بما كان ينفق عليه في حياته؛ إذ حكم ذلك حكم الإسقاط. انتهى. يعني أن الورثة إذا أقر مورثهم بمال ليتيمه فطلبوا اليتيم بما كان مورثهم ينفقه عليه فليس لهم ذلك. انظر نوازل ابن رشد، وتقدم لفظ النوازل في النفقات عند قول المصنف: "وعلى الصغير إن كان له مال" والمسألة في مسائل الوصايا من النوازل.

ص: [ودفع ماله بعد بلوغه²⁴¹⁵] ش: هذا هو المشهور، ومقابله لابن عبد الحكم القول للوصي ومنشأ الخلاف قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا﴾ هل لثلاث تغرموا أو لثلاث تحلفوا؟

2412 - * في المطبوع الولي وما بين المعقوفين من يحيى 514.

2413 - * في المطبوع الولي وما بين المعقوفين من يحيى 514.

2414 - في المطبوع وكانوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 172 وما يابى 282.

2415 - في المطبوع وضمن المال قبل بلوغه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 172 وما يابى 282.

نص خليل

[باب²⁴¹⁶ س] يُخْرِجُ مِنْ تَرَكَةِ الْمَيِّتِ حَقُّ تَعَلُّقٍ بِعَيْنٍ كَالْمَرْهُونِ وَعَبْدٍ جَنَى ثُمَّ مَوْنٌ تَجْهِيْزُهُ بِالْمَعْرُوفِ ثُمَّ تُقْضَى دِيُونُهُ ثُمَّ وَصَايَاهُ مِنْ ثَلَاثِ الْبَاقِي ثُمَّ الْبَاقِي لِوَارِثِهِ.

متن الخطاب

وعلى المشهور إذا قلنا لا يقبل قول الوصي فقال مالك في الموازية إلا أن يطول زمن ذلك كالثلاثين والعشرين سنة يقيمون معه ولا يطلبونه ولا يسألونه عن شيء ثم يطلبونه فإنما عليه اليمين. ابن رشد: وهو ظاهر قسمة العتبية، ووجهه ظاهر؛ لأن العرف [يكذبهم،²⁴¹⁷] وقال ابن زرب: إذا قام بعد عشر سنين أو ثمان لم يكن له قبله إلا اليمين. ابن عبد السلام: ومال ابن رشد إلى القول الأول. خليل: وينبغي أن ينظر إلى قرائن الأحوال، وذلك يختلف. والله أعلم.

406

ص: باب يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لوارثه ش: هذا الباب يسمى باب الفرائض، فقله: / "باب" أي هذا باب يذكر فيه الفرائض وهو الفقه المتعلق بالإرث وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة، فحقيقته مركبة من الفقه المتعلق بالإرث ومن الحساب الذي يتوصل به إلى معرفة قدر ما يجب لكل وارث، وبدأ أولاً ببيان الحقوق المتعلقة بالتركة ونهايتها خمسة كما ذكره، وطريق حصرها إما بالاستقراء وهو الظاهر أو بغيره وفي ذلك طريقان أحدهما أن يقال الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أولاً الأول هو الحقوق المعينة، وإليه أشار بقوله: "حق تعلق بعين، والثاني الدين المطلق، وإليه أشار بقوله: "ثم تقضى ديونه: والثابت بالموت إما للميت وهو مؤن تجهيزه، أو لغيره [بسببه²⁴¹⁸] وهو الوصية، وإليه أشار بقوله: [ثم²⁴¹⁹] وصاياه" أو [بغير سببه و²⁴²⁰] هو الميراث، وإليه أشار بقوله: "ثم الباقي لوارثه"، والطريق الثاني أن يقال الحق إما للميت أو عليه أو لا له ولا عليه. الأول مؤن التجهيز. والثاني إما أن يتعلق بالذمة فقط وهو الدين المطلق أو لا وهو المتعلق بعين التركة، والثالث إما اختياري وهو الوصية أو اضطراري وهو الميراث، وذكر المصنف هذه الحقوق مرتبة فكل واحد مقدم على ما بعده، وقوله: "يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين" أي بعين من التركة أو [بها²⁴²¹] جميعاً، والتركة بفتح التاء وكسر الراء، ويجوز تسكين الراء مع فتح التاء وكسرها وهو بمعنى المتروك كالطلبة بمعنى المطلوب، وتركه الميت تراثه وهو الميراث وضبطه بعضهم بأنه حق قابل للتجزئ ثبت لمستحق بعد موت من كان له لوجود قرابة بينهما أو ما في معناها، والمراد بالعين الذات ثم مثل للحق

الحديث

²⁴¹⁶ س - علم متعلق بقدر الموارث وقسمتها.

²⁴¹⁷ - في المطبوع بكذبهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم ص 146 وم ص 132 ويحيى ص 172 ومايaby

282.

²⁴¹⁸ - ساقطة من المطبوع ويم 147 وم 132 ويحيى 172 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ومايaby 282.

²⁴¹⁹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم ص 147 وم ص 132 ويحيى ص 172 ومايaby

283.

²⁴²⁰ - ساقطة من المطبوع (يحيى ص 172 م ص 132 يم 147 أولاً وهو الميراث ومايaby 283) وما بين المعقوفين من

ن عدود ص 406.

²⁴²¹ - في المطبوع ويحيى ص 172 بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم ص 168 ومايaby 283.

المتعلق بالعين بقوله: "كالمرهون" يعني إذا حيز قبل موت الراهن الحوز الشرعي المتقدم في باب الرهن وبقوله وعبد [جنى أي جنائية²⁴²²] توجب مالا كالخطأ والعمد إذا [عفا²⁴²³] الولي على مال [أو²⁴²⁴] استهلك مالا لشخص لم يأت منه عليه، فلو اجتمع في الجاني رهن وجناية قدم المجني عليه لانحصار حقه في عين الجاني فيخير الورثة بين أن يفدوه أو يسلموه فإن فدوه بقي رهنا، وإن أسلموه خير المرتهن بين أن يسلمه للمجني عليه ويبقى دينه بلا رهن، أو يفديه بأرش الجنائية ثم إذا حل [أجل²⁴²⁵] الدين بيع، ويبدأ بما فداه به المرتهن، فإن لم تف قيمته بما فداه لم يتبع الورثة بشيء، وإن فضل منها شيء أخذ من دينه، وما فضل بعد ذلك فللورثة.

واعلم أن الذي يخرج من التركة قبل وقوع المواريث فيها ينقسم على قسمين: أحدهما ما يجب إخراجاه من رأس المال، والثاني ما يجب إخراجاه من الثلث، وما يجب إخراجاه من رأس المال مقدم على ما يجب إخراجاه من الثلث وما يجب إخراجاه من رأس المال على وجهين: أحدهما حقوق معينة، والثاني حقوق ليست بمعينة، فأشار المؤلف إلى الوجه الأول بقوله: "يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى".

قال في المقدمات بعد أن ذكر التقسيم المتقدم: فأما الحقوق المعينة فتخرج كلها وإن أتت على جميع التركة وذلك مثل أم الولد والمرتهن، [وزكاة ثمر²⁴²⁶] الحائط الذي يموت عنه صاحبه وقد أزهرت ثمرته، وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها عليه وفيها السن [التي²⁴²⁷] تجب فيها، وما أقر به المتوفى من الأصول والعروض بأعيانها لرجل أو قامت على ذلك بينة. انتهى. فهذا ونحوه هو الذي أشار إليه المؤلف بالكاف في قوله: "كالمرهون" والعبد الجاني مرهون في جنايته، وزاد أبو الحسن والصبرة المبينة على الكيل. انتهى. وزاد ابن عرفة: وسكنى الزوجة مدة عدتها مسكنها حين موته بملكه أو [بنقده²⁴²⁸] [كراهه²⁴²⁹]. انتهى. وزاد الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة المعتق إلى أجل. انتهى. وهو ظاهر. والله أعلم. وكذلك الهدى إذا قلده، سواء كان تطوعا أو واجبا كما صرح به في كتاب الحج من المدونة، وذكر أنه لا يرجع ميراثا.

قال سند: ولا يباع في دين استحدثه بعد التقليد، وقال في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب/ الأضحية: إنه يباع في الدين المتقدم، وتقدم في الحج أن السوق في الغنم يتنزل منزلة التقليد في غيرها،

407

2422 - في المطبوع وما يابى 283 جنى جنائية أي جنائية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم ص 147 ويحيى ص 172.

2423 - في المطبوع عفى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406.

2424 - في المطبوع واستهلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم ص 147 ويحيى ص 172 وما يابى 283.

2425 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم ص 147 ويحيى ص 172 وما يابى 283.

2426 - في المطبوع والزكاة ثم وما بين المعقوفين من يحيى 514 وما يابى 283.

2427 - في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من يحيى 514 وما يابى 283 ويم 168.

2428 - في المطبوع بنقد (ويحيى ص 172 أو ينقد كراؤه) وما بين المعقوفين من ن ذي ص 406 ويم ص 147 وما يابى 283.

2429 - في المطبوع كرائه وما بين المعقوفين من ما يابى 283.

وكذلك الأضحية إذا تعينت إما بالنذر أو بالذبح. قاله ابن الحاجب. وما ذكره ابن رشد في زكاة الحرث ذكره أيضا ابن عرفة وأبو الحسن الصغير واللكمي والمؤلف في التوضيح في كتاب الوصايا، وتقدم في هذا الكتاب في باب الوصايا أنها تنفذ من رأس المال ولو لم يوص بها، ولكن قيده في التوضيح فقال إلا أن تيبس الثمرة أو تطيب أو يجذها ويجعلها في الجريب ببلد لا ساعي فيها فالظاهر على قول ابن القاسم أنه لا يلزم الورثة إخراجها، لأنه لو أخرجها أجزأتها؛ لأن ذلك كالعين المفرط فيها، وأما إن لم تيبس فيجب على الورثة إخراجها؛ لأنه لو أخرج الزكاة قبل الجذاذ لم تجزه، وذكره عبد الحق عن ابن مسلمة في المبسوط قال: وما رأيت خلافه. انتهى.

متن الخطاب

وقد تقدم في الزكاة خلافه، وما ذكره ابن رشد في المقدمات في زكاة الماشية جعله ابن عرفة أحد الطريقين، ونصه: أول ما يخرج من كل التركة معينا أم الولد [والمرهون المحوز²⁴³⁰] وزكاة حب وتمر حين وجوبها، وفي كون وجوب زكاة ماشية في مرضه كذلك طريقان. اللخمي: كذلك إن لم يكن ساع ابن رشد كذلك إن كان فيها سنها. انتهى. وفي جعله كلام ابن رشد واللكمي خلافا نظرا، [فإن²⁴³¹] اللخمي إنما أطلق لأنه إنما ذكر ما يخرج من رأس المال ولم يفصل فيها معينا من غيره، وابن رشد لما أن ذكر المعينات ذكر منها الماشية التي حل حولها، وليس فيها السن الواجب كما سيأتي إن شاء الله.

وأما تقييد اللخمي ذلك بعدم الساعي فلا يخالف فيه ابن رشد أيضا، لأن الساعي إذا كان موجودا وحل حول الماشية ومات ربه قبل مجيء الساعي سقطت زكاتها، ويستقبل بها الوارث حولا كما تقدم في باب الزكاة ففي عده كلام اللخمي وابن رشد طريقين نظرا لا يخفى. والله أعلم. ثم أشار المؤلف إلى الوجه الثاني وهو الحقوق التي تخرج من رأس المال وليست بمعينة بقوله ثم [مؤن²⁴³²] تجهيزه بالمعروف ثم تُقضى ديونه. قال ابن رشد في المقدمات: وأما الحقوق التي ليست بمعينات فإن كان في التركة وفاء بها أخرجت كلها وإن لم يكن فيها وفاء بدىء بالأوكد فالأوكد منها، وما كان بمنزلة واحدة تحاصوا في ذلك، فأكد الحقوق وأولاه بالتبذئة من رأس المال عند ضيقه الكفن [وتجهيز²⁴³³] الميت إلى قبره. انتهى.

قال أبو الحسن الصغير: لأن الغرماء على ذلك عاملوه في حياته يأكل ويكتسي، والكفن وتجهيزه إلى قبره من توابع الحياة. انتهى. وقال في الرسالة: ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث. قال الشيخ يوسف بن عمر: [يُرِيدُ²⁴³⁴] آلة الدفن من أجرة الغسال والحمال والحفار والحنوط وغير ذلك، والكفن ثلاثة أثواب، ولا كلام للورثة في ذلك ولا للغرماء لأن الدفن في ثوب واحد مكروه. انتهى.

2430 - في المطبوع والمرهون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 407 ويم ص 147 ومايأبى 284 (والرهون المحوز).

2431 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 407 ويم ص 147 ويحيى ص 173 ومايأبى 284.

2432 * - في المطبوع مؤنة وما بين المعقوفين من سيد 55 ويحيى 515 ويم 168 ومايأبى 284.

2433 - في المطبوع وتجزى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 407 ويم ص 147 ويحيى ص 173 ومايأبى 284.

2434 - في المطبوع يريد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 407 ويم ص 147 ويحيى ص 173 ومايأبى 284.

وهذا خلاف المشهور، وقد قدم المؤلف أنه لا يقضى بالزائد على الواحد إن شح الوارث إلا أن يوصي [ففي²⁴³⁵] ثلثه، وقال ابن ناجي: أراد الشيخ أن مؤنة الدفن كالكفن وخشونة الكفن ورقته على قدر حاله. انتهى. وهذا الذي قاله المؤلف في باب الجنائز: "وكفن بملبوسه [لجمعة،²⁴³⁶] وهذا معنى قول المصنف هنا: "ثم [مؤن²⁴³⁷] تجهيزه بالمعروف" ثم قال ابن رشد: ثم حقوق الآدميين من الديون الثابتة على المتوفى بالبينة العادلة، أو بإقراره بها في صحته أو في مرضه لمن لا يتهم عليه. انتهى. وقوله: "لمن لا يتهم عليه" مفهومه أنها إذا كانت لمن يتهم عليه لا تنفذ من رأس المال، وهو كذلك بمعنى أنها لا تدفع للمقر له، وإلا فهي تحسب من رأس المال، ولا يكون ما يخرج من الثلث إلا بعدها ثم ترجع ميراثا. قاله في أول الوصايا من المدونة، ونصه: وإذا أقر المريض بدين وأوصى بزكاة مال [كان²⁴³⁸] فرط فيها وبتل في المرض ودبر فيه وأوصى بعق عبد له بعينه وشراء عبد بعينه ليعتق وأوصى بكتابة عبد له وأوصى بحجة الإسلام ويعتق نسمة بغير [تعيينها²⁴³⁹] فالديون تخرج/ من رأس ماله وإن كانت لمن يتهم فيه، وهذا الذي ذكرناه في ثلث ما بقي فإن كان الدين لمن يجوز إقراره [له²⁴⁴⁰] أخذه، وإن كان لمن لا يجوز إقراره له رجع ميراثا. انتهى. وانظر فك الأسير ومدير الصحة ونكاح المريضة هل يدخلون فيما ذكر من الدين المقر به لمن يتهم، وهو الذي يظهر من التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الوصايا: ولا مدخل للوصية فيما لم يعلم به أو لا يدخلون، وهو الظاهر من هذا المحل من المدونة؟ ثم [رأيت²⁴⁴¹] في ابن يونس في كتاب المدير أن المدير في الصحة يدخل في ذلك فيكون فك الأسير المقدم عليه من باب أولى فتأمل. والله أعلم. قال ابن رشد: ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور إذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته، ويبداً من ذلك في رأس ماله الأوكد فالأوكد كما يبدأ الآكد فالآكد في ذلك إذا فرط فيه في حياته وأوصى به أن يؤدي عنه بعد وفاته وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها عليه وليس [فيها²⁴⁴²] السن الواجبة فيها تجري في التبذنة مجرى مالم يخرجها عند حلوله وأشهد به على نفسه في صحته. انتهى. قلت: قوله "ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور إذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته" مشكل لأنه يقتضي أن من فرط في زكاة ماله مدة من الزمان ثم أشهد أنها في ذمته ثم مات أنها تؤخذ من رأس المال، وكذلك من أشهد أن في ذمته كفارات وأنه قد نذر أن يعطي فلانا كذا وكذا لشيء سماه وعينه ثم مات وهو في يده أنه يؤخذ من رأس ماله بل لو

- 2435 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من سيد55 ويم168 ومايأبي284 ويحيى515.
 2436 - في المطبوع لجمعته وما بين المعقوفين من سيد55 ويم168 ومايأبي284 ويحيى515.
 2437 - في المطبوع مؤنة وما بين المعقوفين من سيد55 ويحيى515 ويم168 ومايأبي284.
 2438 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى515.
 2439 - في المطبوع عينها وما بين المعقوفين من ن عدود ص407 ويم ص147 ويحيى ص515 ومايأبي ص285.
 2440 - في التهذيب ج4 ص256 لم يجوز إقراره له أخذه.
 2441 - في المطبوع رأينا وما بين المعقوفين من يحيى515 ويم168 وسيد55.
 2442 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص408 ويم ص148 ويحيى ص116 ومايأبي ص285.

أشهد أنه نذر أن يتصدق على المساكين بكذا وكذا وأنه باق في ذمته أنه يؤخذ من رأس ماله، وقد نص في المدونة وغيرها على أنه إذا نذر أن يتصدق على المساكين بجميع ماله يؤمر بإخراج ثلث ماله ولا يجبر على ذلك، فإن كان لا يجبر عليه في حياته فكيف يؤمر الورثة بإخراجه من رأس المال؟ وقال البرزلي في أوائل مسائل الهبة: من قال لله علي صدقة مالي [أو ثلثه] ²⁴⁴³ لفلان فيلزمه ما دام حيا، فإذا مات بطل لأن صدقته وجبت [باعترا ف] ²⁴⁴⁴ فمن شرطها الحوز قبل الوفاة انتهى وقال في باب الزكاة من النوادر: وإن مات بعد [الحول] ²⁴⁴⁵ فما حل ولم يفرط، أو قدم عليه فأمر بإخراجه في مرضه أو أوصى بذلك فهو من رأس ماله. قاله مالك. وإن لم يوص لم يجبر ورثته وأمروا بذلك، وقال أشهب: هي من رأس ماله وإن لم يوص [بها] ²⁴⁴⁶ أو لم يفرط، [وقاله] ²⁴⁴⁷ أشهب في زكاة الفطر إن من مات يوم الفطر [أو ليلته] ²⁴⁴⁸ ولم يوص فهي من رأس ماله. وقال ابن القاسم لا تجبر ورثته ²⁴⁴⁹ إلا أن يوصي فتكون من رأس ماله. انتهى. ونقل ابن عرفة كلام ابن رشد وزاد فيه ونصه إثر كلامه المتقدم في الموضعين: وأوله كليا مؤنة إقباره ثم دين لآدمي ثم ما أشهد به في صحته فواجب عليه في صحته لله تعالى من زكاة أو كفارات. ابن رشد: أو نذر. قلت: للباقي عن عبد الحق عن بعض شيوخه: نذر الصحة في الثلث ففعل الأول في الملتزم والثاني في الموصى به وإلا تناقضا ويقدم منها في ضيق التركة المقدم منها في ضيق الثلث وفي كون زكاة عين حلت في مرضه من رأس ماله مطلقا، أو إن أوصى بها، وإلا أمر الوارث بها ولم يجبر قولا للخصمي مع أشهب وابن القاسم انتهى.

والثاني مذهب المدونة وهو المشهور كما تقدم، ومفهوم قول ابن رشد: "إذا أشهد في صحته" أنه لو لم يشهد لم يخرج من رأس المال بل ولا من الثلث، وهو كذلك إلا المتمتع إذا مات بعد رمي جمرة العقبة فالهدي عند ابن القاسم، وهو المشهور من رأس ماله وإن لم يوص [به] ²⁴⁵⁰ فينبغي أن يجعل رتبته بين حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي أوصى بها.

قال في رسم حلف أن لا يبيع سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحج وسئل عن المتمتع يموت بعرفة وما أشبه ذلك أترى عليه هديا قال: من مات قبل رمي الجمرة فلا شيء عليه ومن رمى فأرى أن قد وجب عليه الهدي. قال عيسى: سألت ابن القاسم عن هديه هل من رأس المال أو في ثلثه قال بل في رأس المال وذلك أنه لم يفرط، وقال / سحنون لا يعجبني ما قال ولا يخرج من رأس ماله ولا من ثلثه إلا أن يشاء الورثة، ألا ترى أن من تجب عليه الزكاة قد عرف ذلك ثم يموت ولم يفرط في

2443 * - في المطبوع وثلثه وما بين المعقوفين من يحيى 515 ويم 169 وما يابى 285 وسيد 55.

2444 * - في المطبوع باقترا ف وما بين المعقوفين من البرزلي ج 5 ص 466.

2445 * - في المطبوع الحوز وما بين المعقوفين من يحيى 515 وسيد 55 ويم 169 وما يابى 285.

2446 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من النوادر ج 2 ص 196.

2447 * - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من يحيى 515.

2448 * - في المطبوع وليلته وما بين المعقوفين من يحيى 515 وما يابى 285.

2449 * - في يحيى 515 والنوادر ج 2 ص 196 لا يجبر ورثته ص 408.

2450 * - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من يحيى 515 وما يابى 286 ويم 169.

نص خليل
مِنْ ذِي النِّصْفِ الزَّوْجُ وَبِنْتُ وَبْنْتُ ابْنٍ إِنْ لَمْ تَكُنْ بِنْتُ وَأَخْتُ شَقِيقَةً أَوْ لأبٍ إِنْ لَمْ تَكُنْ شَقِيقَةً وَعَصَبٌ كُلُّ أَخٍ يُسَاوِيهَا.

متن الخطاب
إخراجها أنه إن أوصى بها كانت من رأس المال، وإن لم يوص لم تكن في ثلث ولا من رأس مال، إلا أن يشاء الورثة ابن رشد إنما قال ابن القاسم إنه يكون في رأس المال إن لم يوص به إذا لم يفطر بخلاف الزكاة التي لم يفطر فيها لأن الهدي لا يخفى وليس مما يفعل سرا كالزكاة التي يمكن أن يكون لم يوص بها من أجل أنه أداها سرا فتفرقة ابن القاسم بين المسألتين أظهر من مساواة سحنون بينهما ألا ترى أنهم لا يختلفون في وجوب إخراج الزكاة من الزرع الذي يموت عنه صاحبه وقد بدا صلاحه وإن لم يوص بإخراجها منه للعلم بأنه لم يؤد [زكاته، ²⁴⁵¹] وأشهب يرى إخراج زكاة المال الناض واجبا وإن لم يوص بإخراجها إذا مات عند وجوبها ولم يفطر. انتهى.

وعزا اللخمي قول ابن القاسم لمحمد قال: وعلى هذا من وجب عليه عتق رقبة من ظاهر، فإن لم يفطر أعتق عنه من رأس ماله وإن فرط لم يعتق [عنه. ²⁴⁵²] انتهى. وهو كلام ظاهر ومثله عتق كفارة القتل وكل ما كان ظاهرا لا يخفى ولم يفطر فيه. والله أعلم. وإلى جميع ما تقدم أشار المؤلف بقوله: "ثم تقضى ديونه" لأن حقوق الآدميين وحقوق الله يصدق عليها كلها ديون وكذلك عبارة الرسالة ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث، ولهذا قال شارحه الشيخ يوسف بن عمر: ثم الدين الذي بعوض والذي يثبت بالبينة أو بإقرار الميت في صحته أو بإقراره في مرضه لمن لا يتهم عليه ثم الدين الذي بغير عوض مثل الزكاة التي فرط فيها وأقرب بها في صحته، والكفارات، ثم بعد هذا الوصية. انتهى. ولكنه ليس في كلام المؤلف ولا في كلام صاحب الرسالة ما يدل على أن حقوق الآدميين مقدمة على حقوق الله تعالى، وقوله: "ثم وصاياه من ثلث الباقي" يريد وما يخرج مع الوصايا مما هو مقدم عليها كما تقدم ثم الباقي لورثته وإنما قدمت الوصية على الميراث لاحتمال أن يبقى من الثلث شيء لهم.

تنبيه: قال البرزلي: وكان شيخنا الإمام رحمه الله يقول من أراد أن يتحیل بإخراج ماله بعد موته فليفعل مثل ما ذكر في هذا القسم. انتهى. يعني أنه يشهد في صحته بشيء من حقوق الله تعالى. والله أعلم.

ص: من ذي النصف ش: من الفرضيين من لم يتعرض لعد الوارث وإنما يقول الفروض ستة، ثم يقول أصحاب النصف كذا وأصحاب كذا كذا إلى آخره، ومنهم المصنف، لكنه لشدة الاختصار لم يعد أولا الفروض بل كلما ذكر فرضا أتبعه بأصحابه، ومن الفرضيين من يعد الورثة أولا ثم يذكر الفروض كابن الحاجب. والله أعلم.

ص: وعصب كلاً أخ يساويها ش: أي عصب كل واحدة من البنات وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت للأب أخ يساويها؛ أي في الوصف الذي ترث به، فيعصب الشقيقة أخ يساويها أي شقيق، فتأخذ الثلث ويأخذ [الثلثين، ²⁴⁵³] ولا يعصبها الأخ للأب، بل [تأخذ فرضها النصف ²⁴⁵⁴] ثم

²⁴⁵¹ - في المطبوع زكاتها وما بين المعقوفين من يحيى 516 وسيد 55.

²⁴⁵² - في المطبوع عنها وما بين المعقوفين من يحيى 516 ويم 169.

²⁴⁵³ - في المطبوع الثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 ويم ص 148 ويحيى ص 516 وما يابى 286.

²⁴⁵⁴ - في المطبوع تأخذ من فرضها النصف وما بين المعقوفين من يحيى 516 ويم 169 وما يابى 286.

نص خليل وَالْجَدَّ [وَالْأَخْرِيِّينَ الْأُولِيَّانَ] ²⁴⁵⁵ نَسَ وَلْتَعْدُدْهُنَّ الثَّلَاثَانَ وَلِلثَّانِيَةِ مَعَ الْأُولَى السُّدُسُ وَإِنْ كَثُرْنَ وَحَجَبَهَا ابْنٌ فَوْقَهَا وَبَنَتَانِ فَوْقَهَا إِلَّا لِابْنٍ فِي دَرَجَتِهَا مُطْلَقًا أَوْ أَسْفَلَ فَمُعَصَّبٌ وَأَخْتُ لِأَبٍ فَأَكْثَرُ مَعَ الشَّقِيقَةِ فَأَكْثَرُ كَذَلِكَ إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يُعَصَّبُ الْأَخُّ.

متن الحطاب يكون له ما بقي بعد الفروض، ويعصب الأخت للأب أخ يساويها أي للأب فتأخذ هي وهو المال للذكر مثل حظ الأنثيين كما تقدم في الشقيقة ولو كان شقيقا لم يعصب التي للأب بل يسقطها ويعصب البنت أخ لها يساويها في الوصف الذي ترث به وهو البنوة، ولا يلتفت لكونه شقيقا لها أو لأب، ويعصب بنت الابن أخ يساويها في كونه ابن ابن، سواء كان شقيقا لها أو لأب ويعصبها غيره كما سيأتي فصح قول المؤلف: "أخ يساويها"، وكون بنت الابن يعصبها غيره أيضا لا يرد عليه لأن المصنف لم يحصر فسقط قول من قال أما الشقيقة والأخت للأب فيعصب كل واحدة منهما أخوها المساوي لها في كونهما شقيقين أو لأب، وأما بنت الصلب فيعصبها أخوها كيف كان، وأما بنت الابن فيعصبها أخوها وابن عمها، وقد يعصبها ابن أخيها أو حفيد/ عمها كما يشير إليه بعد، فلا يخفك ما في كلامه هذا. انتهى. وقد ظهر لك بيانه. والله أعلم.

تنبيه: الفرضيون يقولون العصبية ثلاثة أقسام: عصبه بنفسه فهم كل ذكر إلا الزوج والأخ للأم والمعتقة من الإناث فقط، وعصبه بغيره وهي أربع البنات فأكثر، وبنت الابن فأكثر، والأخت الشقيقة فأكثر والأخت للأب فأكثر، يعصب كلا من تقدم ذكره ومن يأتي في بنت الابن، وعصبه مع غيره وهي الأخت فأكثر شقيقة أو لأب مع البنت وبنت الابن فأشار المؤلف إلى العصبه بنفسه بقوله فيما يأتي: "ولعاصب ورث المال إلى آخره" وأشار إلى العصبه بغيره بقوله: "وعصب [كلا] ²⁴⁵⁶ أخ يساويها" وأشار إلى العصبه مع غيره بقوله: "والأخريين الأوليان" ومعنى عصبه بغيره أن سبب تعصبيه كونه مع عصبه غيره، ومعنى عصبه مع غيره أي مع كون غيره ليس بعصبه فظهر الفرق بينهما والله أعلم ص: والجد والأوليان الأخريين ش: كذا هو في بعض النسخ. قال ابن غازي: وهو الصواب والمعنى أن الجد والأوليين وهما البنت وبنت الابن يعصب كل واحد منهم الأخريين، وهما الأخت الشقيقة والأخت للأب فقط ولا يعصب الجد البنت ولا بنت الابن. والله أعلم.

ص: ولتعدد هن الثلثان ش: يرد على ظاهر هذه العبارة وعلى قوله بعد: "والثلثان لذي النصف إن تعدد" أن البنت والأخت [لا يرثان] ²⁴⁵⁷ الثلثين، وهذه العبارة سبقه إليها الحوفي والقاضي. والله أعلم.

ص: [إلا أنه إنما يعصب الأخ] ²⁴⁵⁸ ش: بهذا الاستثناء خلص من الاعتراض الوارد على عبارة الحوفي حيث أطلق وترك هذا الاستثناء فقال ابن عرفة: قوله: "وكذلك الأخوات للأب" يؤذن بأنهن مع

الحديث

²⁴⁵⁵ - الأوليان الأخريين نسخة. وهي الصواب كما في عب عن غ.

²⁴⁵⁶ - في المطبوع كل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 410 ويم ص 148 ويحيى ص 116 وما يابى 287.

²⁴⁵⁷ - هكذا في ن عدود ص 410 وصوبه الشيخ محمد سالم بالأخت ترثان وهو الذي في ما يابى 287 يحيى 174

يم 149.

²⁴⁵⁸ - في المطبوع أخته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 410 ويم ص 149 ويحيى ص 114 وما يابى 287.

نص خليل

وَالرُّبْعُ الزَّوْجُ بِفَرَعٍ وَزَوْجَةٍ فَأَكْثَرُ وَالثَّمَنُ لَهَا أَوْ لَهَا بِفَرَعٍ لِأَحَقِّ وَالثَّلَاثِينَ لِذِي النِّصْفِ إِنْ تَعَدَّدَ وَالثَّلَاثُ لَأُمٍّ وَوَلَدَيْهَا فَأَكْثَرُ وَحَاجِبُهَا [مِنَ الثَّلَاثِ] ²⁴⁵⁹ نَسْ لِلسُّدُسِ وَلَدٌ وَإِنْ سَقَلَ وَأَخْوَانٌ أَوْ أُخْتَانِ مُطْلَقًا وَلَهَا ثُلُثُ الْبَاقِي فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ وَزَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ وَالسُّدُسُ لِلْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ مُطْلَقًا وَسَقَطَ بَابُنِ وَأَبْنَاهُ وَبَنَاتُهَا وَإِنْ سَقَلَتْ وَأَبٌ وَجَدٌ وَالْأَبُ أَوْ الْأُمُّ مَعَ وَلَدٍ وَإِنْ سَقَلَ وَالْجَدَّةُ فَأَكْثَرُ وَأَسْقَطَهَا الْأُمُّ مُطْلَقًا وَالْأَبُ الْجَدَّةُ مِنْ قَبْلِهِ وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ وَإِلَّا اشْتَرَكْنَا وَاحِدًا فُرُوضُ الْجَدِّ غَيْرُ الْمُدْلِيِّ بَأَنْثَى وَلَهُ مَعَ الْإِخْوَةِ أَوْ الْأَخَوَاتِ الْأَشْقَاءِ أَوْ لِأَبِ الْخَيْرِ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ الْمُقَاسِمَةِ وَعَادَ الشَّقِيقُ بغيرِهِ ثُمَّ رَجَعَ كَالشَّقِيقَةِ بِمَالِهَا لَوْ لَمْ يَكُنْ جَدٌّ وَلَهُ مَعَ ذِي فَرَضٍ مَعَهُمَا السُّدُسُ أَوْ ثُلُثُ الْبَاقِي أَوْ الْمُقَاسِمَةُ وَلَا يُفَرِّضُ لِأُخْتٍ مَعَهُ إِلَّا فِي الْأَكْدَرِيَّةِ وَالْغَرَاءِ زَوْجٌ وَجَدٌ وَأُمٌّ وَأُخْتُ شَقِيقَةٍ أَوْ لِأَبٍ فَيُفَرِّضُ لَهَا وَلَهُ ثُمَّ يُقَاسِمُهَا.

الشقيقات في كل ما تقدم كبنات الابن مع البنات وليس كذلك، فإن الأخوات للأب لا يعصبهن ابن أخيهن كما يعصب بنات الابن ابن أخيهن. انتهى.

متن الخطاب

ص: والرابع الزوج بفرع ش: لا بد من تقييده بكونه وارثا، فلو كان الفرع غير وارث إما لمانع به كالرق والقتل أو لكونه من ولد البنات لم يحجب الزوج إلى الربع، ولا يقال بأن هذا مستغنى عنه بما هو مقرر بأن كل من لا يرث بحال فلا يحجب وارثا؛ لأننا نقول لم يذكر المصنف أن الولد يحجب الزوج إلى الربع حتى يكتفي بما ذكر بل كلامه في الحال التي يرث الزوج فيها الربع فذكر أن ذلك إذا لم يكن هناك فرع فلا بد من تقييده بما ذكر. والله أعلم.

ص: والثلثين لها أو لهن بفرع لاحق ش: لو قال وارث لكان أحسن وأشمل لما تقدم فوجه. والله أعلم.
ص: والثلثين لذي النصف إن تعدد ش: هذا تكرار مع ما تقدم. والله أعلم.
ص: والثلث للأم وولديها فأكثر ش:

411

فرع: قال الباجي في المنتقى في كتاب الفرائض: وفي كتاب ابن عجلان الفرضي في الصبي يموت وله أم متزوجة فإنه لا ينبغي لزوجها أن يطأها حتى يتبين أنها حامل أو حائل لمكان الميراث لأنها إن كانت حاملا ورث ذلك الحمل أخاه لأمه، وقال أشهب لا يعزل عنها وله وطؤها فإن وضعت بعد موته لأقل من ستة أشهر ورث أخاه وإن وضعت لتمام ستة أشهر لم يرثه لأنه وإن عزل عنها لم يؤمن أن يطرقها ويتسور عليها، وهذا إذا لم يكن حملها ظاهرا يوم مات الميت ولو كان حملها ظاهرا لورث أخاه وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر أو تسع أو أكثر من ذلك، وكذلك إن كان زوجها غائبا غيبة بعيدة لا يتهيأ له الوصول إليها فإنه يرث أخاه إن ولد لأكثر من تسعة أشهر. انتهى. ونقله القرافي في الذخيرة مختصرا فأجحف فيه، وقال ابن يونس: روي عن علي وعمر بن عبد العزيز إن مات ولأمه زوج غير أبيه أن زوجها يعتزل عنها حتى يستبرئها بحيضة ليعلم أنها حامل أم لا احتياطا للميراث فإن لم يعتزلها أو قال اعتزلتها فلم تصدقه الورثة فاتفق العلماء أنها إن ولدت لأقل من ستة أشهر ورثه أخوه للأم إلا أن يكون للميت من يحجبه فإن ولدت لستة أشهر فأكثر لم يرثه إلا أن تصدقها الورثة أنها كانت حاملا يوم مات ابنها أو يشهد بذلك امرأتان فصاعدا. انتهى.

ص: والأب أو الأم مع ولد وإن سفل ش: يعني أن السدس/ فرض كل واحد من الأب والأم مع

412

الحديث

نص خليل

وَأِنْ كَانَ مَحَلُّهَا أَخٌ لِأَبٍ وَمَعَهُ إِخْوَةٌ لَأُمٍّ سَقَطَ وَلِعَاصِبٍ وَرَثَ الْمَالِ أَوْ الْبَاقِي بَعْدَ الْفَرَضِ وَهُوَ الْإِبْنُ ثُمَّ ابْنُهُ وَعَصَبَ كُلِّ أُخْتٍ ثُمَّ الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ وَالْإِخْوَةُ كَمَا تَقَدَّمَ الشَّقِيقُ ثُمَّ لِلْأَبِ وَهُوَ كَالشَّقِيقِ عِنْدَ عَدَمِهِ إِلَّا فِي الْحِمَارِيَّةِ وَالْمُشْتَرَكَةِ زَوْجٌ وَأُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ وَأَخْوَانٌ لَأُمٍّ وَشَقِيقٌ وَحَدَّةٌ أَوْ مَعَ غَيْرِهِ فَيُشَارِكُونَ الْإِخْوَةَ لِلأُمِّ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَى وَأَسْقَطَهُ أَيْضًا الشَّقِيقَةُ الَّتِي كَالْعَاصِبِ لِبْنَتٍ أَوْ بِنْتِ ابْنٍ فَأَكْثَرُ ثُمَّ بَنُوهُمَا ثُمَّ الْعَمُّ الشَّقِيقُ ثُمَّ لِأَبٍ ثُمَّ عَمُّ الْجَدِّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ وَإِنْ غَيْرَ شَقِيقٍ وَقَدَّمَ مَعَ التَّسَاوِي الشَّقِيقُ مُطْلَقًا ثُمَّ الْمُعْتِقُ كَمَا تَقَدَّمَ ثُمَّ بَيْتُ الْمَالِ وَلَا يَرُدُّ وَلَا يُدْفَعُ لِذَوِي الْأَرْحَامِ وَيَرِثُ بِفَرَضٍ وَعَصُوبَةٍ الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ مَعَ بِنْتٍ وَإِنْ سَقَلَتْ.

متن الخطاب

الولد أو ولد الابن وإن سفل، سواء كان ذكرا أو أنثى، أما الأم فحالها معلوم مما تقدم، وأما الأب فله ثلاث حالات حالة يرث فيها بالفرض فقط، وحالة بالتعصيب فقط وحالة يجمع بينهما فالأولى إذا كان معه ابن أو ابن ابن أو بنت أو بنات ومع البنت والبنات أصحاب فروض يستغرقون التركة أو يفضل منها قدر السدس أو أقل من السدس، والحالة الثانية إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن لا ذكرا ولا أنثى فيرث المال جميعه بالتعصيب إن انفرد أو الباقي بعد أصحاب الفروض، والحالة الثالثة إذا كان معه بنت أو بنت ابن أو بنتان فأكثر أو بنتا ابن فأكثر، وضابطها أن يكون معه من البنات أو بنات الابن أو منهما [ما²⁴⁶⁰] يأخذ الثلثين أو النصف، فيأخذ السدس فرضا عملا بقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السَّدَسُ﴾ والباقي عصوية لحديث: {فما بقي فلأولى رجل ذكر} انظر شرح الشيخ زكرياء الكبير على الفصول والجزولي الكبير. والضابط المذكور مأخوذ من كلام ابن الهائم في الفصول وينبغي أن يزداد فيه فيقال وضابطه أن يكون معه من البنات أو بنات الابن أو منهما أو من أحدهما وصاحب فرض ما يفضل عنهم أكثر من السدس ليشمل نحو بنت وأبوين فتأمله. والله أعلم.

413

ص: وإن كان محلها أخ لأب ومعه إخوة لأُمٍّ سقط ش: أي لو كان/ موضع الأخت الشقيقة أو [للأب²⁴⁶¹] أخ لأب ومعه إخوة لأُمٍّ فليست بأكدرية، وذلك أن الأم قد حجبت للسدس بتعدد الإخوة فللزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس، واختلف في السدس الباقي، فقليل يأخذه الأخ للأب، والمشهور أن الجد يأخذ الجميع، ويسقط الأخ للأب؛ لأن الجد يقول للأخ للأب رأيت لو لم أكن معكم أكان يكون لك شيء؟ فيقول: لا، وذلك لأن الإخوة للأُمٍّ إنما يسقطون بوجوده ولو لم يوجد لكانوا أصحاب فروض، يعال لهم إن تعددوا ويأخذون السدس إن لم يتعددوا ويسقط معهم الإخوة للأب فيقول الجد للإخوة للأب: ليس وجودي بالذي يوجب لكم شيئا لم يكن لكم، وتسمى هذه بالمالكية.

ص: والمشاركة ش: يقال فيها مشاركة بقاء فوقية بعد الشين كما ذكره القرافي فتكون من الاشتراك، ويقال لها المشاركة بلا تاء بفتح الراء المشددة؛ أي المشترك فيها بحذف الجار والمجرور، ويقال أيضا بكسر الراء. انتهى بالمعنى من شرح الفصول لشيخنا زكرياء. وقريب منه في القاموس فليحرر. والله أعلم.

ص: ثم بيت المال ولا يرد ولا يدفع لذوي الأرحام ش: يعني أنه إذا لم يكن للميت من يرثه من

الحديث-

1 - عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقوق الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر، البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، رقم الحديث 6735، ط. دار الفجر 2005، ومسلم في صحيحه، كتاب الفرائض، رقم الحديث 1615، ط. دار إحياء التراث العربي.

2460 - كذا في النسخ.

2461 - في المطبوع الأب وما بين المعقوفين من يحيى 517 ويم 170 وما يابى 288.

متن الخطاب 414 النسب ولا من يرثه بالولاء فماله لبيت مال المسلمين، / وقد أطلق رحمه الله في بيت المال ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه، وكأنه رحمه الله تبع ظاهر كلام ابن الحاجب حيث قال وإن لم يكن وارث فبيت المال على المشهور وقيل لذوي الأرحام، وعن ابن القاسم يتصدق به إلا أن يكون الوالي كعمر بن عبد العزيز فأطلق في القول الأول الذي جعله المشهور أن بيت المال وارث ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه بل ظاهر كلامه أن التقييد بذلك خلاف المشهور، وقبل ابن عبد السلام كلامه، وكذلك الشيخ خليل في التوضيح، وتبعه على ذلك في مختصره فأطلق أن بيت المال وارث والذي ذكره غير واحد من أهل المذهب أن بيت المال وارث إذا كان يصرفه في وجوهه. قال الباجي في المنتقى في الكلام على الوصايا: مسألة: من مات ولا وارث له فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرج في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه، وكذلك من أعتق نصرانيا فمات النصراني ولا وارث له فليتصدق بماله، ولا يجعل في بيت المال، ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر فإذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البر ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر. انتهى. ولم يحك في ذلك خلافا. ثم قال: مسألة: ومن أوصى له من لا وارث له بجميع ماله فقد قال مالك يجرئه أن يتصدق بثلثه. [قال²⁴⁶²] ابن المواز: [يتصدق بذلك²⁴⁶³] [عن²⁴⁶⁴] المسلمين لا عن الميت، ووجه ذلك أن ملك الموصي قد زال عن ثلثي ماله بالموت إلى وارث معين [أو غير معين²⁴⁶⁵] فإن كان معيناً دفع إليه وإن كان غير معين تصدق به عمن صار إليه. اهـ. وذكر ابن يونس في أواخر كتاب الوصايا الأول كلام ابن القاسم المتقدم واقتصر عليه، وكذلك ابن رشد في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا ولم يذكر في ذلك خلافاً. وقال ابن عرفة بعد ذكر كلام ابن الحاجب: قال أبو عمر في كافيته: من لم يكن له عصابة ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان موضوعاً في وجهه ولا يرد إلى ذوي الأرحام ولا إلى ذوي السهام. قال ابن عرفة: قلت: وقال الطرطوشي في تعليقه: إنما يكون لبيت المال في وقت يكون الإمام فيه عادلاً وإلا فليرد إلى ذوي الأرحام. الباجي في كتاب الوصايا: لمحمد عن أبي زيد عن ابن القاسم من مات ولا وارث له يتصدق بما ترك، إلا أن يكون الوالي يخرج في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه، وكذا من أعتق نصرانيا ومات النصراني ولا وارث له تصدق بماله، ولا يجعل في بيت المال وحكاه الصقلي، وقاله ابن رشد في سماع أبي زيد، وقال اللخمي: من أوصى بكل ماله ولا وارث له قيل ليس له ذلك، وقيل وصيته ماضية. هذا إن أوصى به للأغنياء أو فيما لا يصرفه فيه

2462 * - في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من يحيى 517 وما يابى 289 ويم 170 والمنتقى ج 8 ص 97.

2463 * - في المطبوع يتصدق بجميع ذلك وما بين المعقوفين من يحيى 517 ويم 170 وما يابى 289 والمنتقى ج 8 ص 97.

2464 * - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 414 ويحيى 517 ويم 170 وما يابى 289 والمنتقى ج 8 ص 97.

2465 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 414 ويم 150 ويحيى ص 175 وما يابى 289.

متن الخطاب الإمام أو وليه، ولو جعله في الفقراء وفيما لو رفعه إلى الإمام لقضي فيه بمثل ذلك لم تغير وصيته؛ لأنه فعل صواباً، ولا اختلاف في ذلك، واختلف إن مات عن غير وصية هل هو كالفيء يحل للأغنياء أو يقصر على الفقراء. انتهى. وقال ابن عسكر في عمدته: المذهب أن ما أبقت الفروض يكون عند عدم العصة لبيت المال، وأنه وارث من لا وارث له، فإن لم يكن للمسلمين، ولا يرد على ذوي السهام، ولا يرثه ذوو الأرحام، وقيل بل [يورث²⁴⁶⁶] بالرد والرحم. انتهى.

وقال في الإرشاد: والمذهب أن ما أبقت الفروض فأولى عصة، فإن لم يكن للمولي، فإن لم [يكونوا²⁴⁶⁷] فلبيت المال، فإن عدم للفقراء والمساكين، لا بالرد ولا بالرحم، وورثهما المتأخرون. انتهى. وذكر الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد عن المعتمد نحو عبارة العمدة. ثم قال: وحكى صاحب عيون المسائل [اتفاق²⁴⁶⁸] شيوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوي الأرحام والرد على ذوي السهام. انتهى. وقوله في/ الإرشاد: فإن عدم أشار التثاني في شرحه أن المراد بذلك أن لا يصرف في وجوهه فتأمل. وقال ابن يونس في كتاب الفرائض في باب الرد: أجمع المسلمون أنه لا يرد على الزوج والزوجة، وأن الباقي بعد فرضهما على مذهب من لا يورث ذوي الأرحام لبيت مال المسلمين أو للفقراء والمساكين، وعلى مذهب من يورث ذوي الأرحام يكون الباقي بعد فرض الزوجين لذوي الأرحام. انتهى.

وقال في باب الإقرار بوارث وأنه لا يرد بذلك الإقرار: بل إن كان له وارث معروف فالمال له، وإن لم يكن فالمال لبيت المال، [وإنما²⁴⁶⁹] استحب في زماننا هذا إذا لم يكن له وارث معروف [أن²⁴⁷⁰] المقر له أولى من بيت المال؛ إذ ليس ثم بيت [مال²⁴⁷¹] للمسلمين يصرف ماله في مواضعه. انتهى.

وقال في باب توريث ذوي الأرحام: قال إسماعيل القاضي: متى كان للميت عصة من ذوي الأرحام فهم أولى، فإن لم يكونوا فالولاء، فإن لم يكن ولاء فبيت مال المسلمين.

قال ابن يونس: فإن لم يكن بيت مال فأولوا الأرحام لما في ذلك من الآثار المتقدمة، لا سيما إذا كانوا ذوي حاجة فيجب اليوم أن يتفق على توريثهم، وإنما تكلم مالك وأصحابه إذا كان للمسلمين بيت مال لأن بيت المال يقوم مقام العصة إذا لم يكن عصة، ألا ترى أن الرجل لو قتل قتيلاً خطأ ولم يكن له عصة ولا مولي وجب أن يعقل عنه من بيت المال فكذلك يكون ميراثه لبيت المال، وإذا لم يكن بيت مال أو كان بيت مال لا يوصل إليه شيء منه وإنما يصرف في غير وجهه فيجب أن يكون ميراثه لذوي رحمه الذين ليسوا بعصة إذا لم يكن له عصة [ولا مولي²⁴⁷²]، وإلى هذا رأيت كثيراً من فقهاءنا ومشايخنا يذهبون في زماننا هذا، ولو أدرك مالك وأصحابه مثل زماننا هذا لجعل الميراث لذوي الأرحام إذا انفردوا، والرد على من يجب له الرد من أهل السهام. انتهى. وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: قال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد: من لم يكن له عصة ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان

2466 - في المطبوع يرث وما بين المعقوفين من يم171.

2467 - في المطبوع يكن وما بين المعقوفين من يحيى517.

2468 - في المطبوع اتفق وما بين المعقوفين من يحيى517 وما يابى289 ويم171.

2469 - في يحيى517 وأنا أستحب.

2470 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من يحيى517 وم.

2471 - في المطبوع المال وما بين المعقوفين من م ويحيى517.

2472 - كذا في النسخ.

نص خليل

كَابْنِ عَمٍّ أَخٍ لَأُمٍّ وَوَرِثَ ذُو فَرْضَيْنِ بِالْأَقْوَى وَإِنْ اتَّفَقَ فِي الْمُسْلِمِينَ كَأَمٍّ أَوْ بُنْتُ أُخْتٍ وَمَالُ الْكِتَابِيِّ الْحُرِّ الْمُؤَدِّي لِلْجِزْيَةِ لِأَهْلِ دِينِهِ مِنْ كُورَتِهِ [وَالْأَصُولُ²⁴⁷³] اثْنَانِ وَأَرْبَعَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَسِتَّةٌ وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ فَالنِّصْفُ مِنَ اثْنَيْنِ وَالرُّبْعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَالثَّمْنُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ [وَالثُّلُثُ²⁴⁷⁴] مِنْ ثَلَاثَةٍ وَالسُّدُسُ مِنْ سِتَّةٍ وَالرُّبْعُ وَالثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ مِنْ اثْنَيْنِ عَشَرَ وَالثَّمْنُ وَالثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ وَمَا لَا فَرْضَ فِيهَا فَأَصْلُهَا عَدَدُ عَصَبَتِهَا وَضَعْفُ لِلذَّكَرِ عَلَى الْأُنْثَى وَإِنْ زَادَتْ الْفُرُوضُ أُعِيلَتْ فَالْعَائِلُ السُّتَةُ لِسَبْعَةٍ وَثَمَانِيَةٍ وَلِتِسْعَةٍ وَلِعَشْرَةٍ.

متن الحطاب

موضوعا في وجهه، ولا يرثه ذوو الأرحام، ولا يرد على ذوي السهام. انتهى. وقال ابن الفرس في أحكام القرآن في سورة النساء في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾: إن ما فضل عن الورثة يكون لبيت المال، فإن لم يكن بيت مال المسلمين فإلى الفقراء. انتهى. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة في آخر باب زكاة العين والحرث في شرح قوله: "وفي الركاز الخمس"، وهو دفن الجاهلية الخمس على من أصابه" ما نصه: فإن كان الإمام عدلا دفع [الواجد²⁴⁷⁵] الخمس له يصرفه في محله، وإن كان غير عدل فقال مالك يتصدق به الواجد ولا يرفعه إلى من يغيب به، وكذلك العشر وما فضل من المال [عن²⁴⁷⁶] الورثة، ولا أعرف اليوم بيت مال، وإنما هو بيت ظلم. انتهى. فكلهم في هذه المواضع كلها يبين أن بيت المال في زماننا هذا معدوم. والله أعلم.

فرع: إذا كان الوارث هو بيت مال المسلمين فمات شخص في بلد وخلف فيه مالا وخلف في بلد آخر مالا وليس له وارث إلا جماعة المسلمين فقال في الفصل السادس من مفيد الحكماء في الوصايا ومن [الخمسة²⁴⁷⁷] لأصبغ، وهي أيضا في السليمانية: وإذا مات الرجل في بلد وخلف فيه مالا وخلف أيضا في بلد [آخر²⁴⁷⁸] وفي بلد سواه مالا غيره، ولم يكن له وارث إلا جماعة المسلمين فإن عامل البلد الذي مات فيه وكان مستوطنا به أحق بميراثه، مات فيه أو في غيره، كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد. انتهى. والظاهر أن قوله: "وفي بلد سواه" تكرر، وأن قوله: "مات فيه" زائد. والله أعلم. وفي أجوبة ابن رشد: وسئل عمن مات في بلد وخلف فيه مالا وفي بلد آخر مالا، وليس له وارث إلا جماعة المسلمين وليس أحد البلدين له وطنا وأراد صاحب البلد الذي مات فيه أخذ المال الذي خلفه في البلد الثاني ومنعه صاحبه هل له ذلك أم لا؟ وكيف إن كان البلد الذي مات فيه وطنا، أو الذي لم يمت فيه؟ فأجاب عامل البلد الذي فيه استيطان المتوفى أحق بقبض ميراثه مات فيه أو في/ غيره كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد ذكره في مسائل الموارث.

416

ص: كابن عم أخ لأم ش: يعني إذا اجتمع في شخص سهمان أحدهما بالفرض والآخر بالتعصيب فإنه يرث بهما/ كابن العم يكون [أخا لأم²⁴⁷⁹] فيأخذ السدس بالإخوة للأم والباقي بالعصوبة، وكذلك إذا كان ابن العم زوجا، وكذلك إذا كان المولى زوجا، ولا خلاف في هذا أعني أنه يأخذ فرضه والباقي بالتعصيب إذا لم يكن معه من يشاركه في التعصيب، فأما إن كان معه من يشاركه في التعصيب وفي منزلته كابني عم أحدهما أخ لأم فقال ابن القاسم: [للأخ للأم السدس²⁴⁸⁰] ويقسم مع

417

الحديث

²⁴⁷³ - المراد بالأصول أقل عدد تخرج منه سهام التركة صحيحة من غير كسر فاصل المسألة مقام الفرض أي مخرجه وغير بالأصول لأن الانكسار والعول فرعان لها بن.

²⁴⁷⁴ - محض بابيه والثلث انتقي جمعهما ولم يكررا ولا ضعفهما.

²⁴⁷⁵ * - في المطبوع الواحد وما بين المعقوفين من يحيى 518 ويم 171 وما يابى 290.

²⁴⁷⁶ - في المطبوع على وما بين المعقوفين من م ويحيى 518.

²⁴⁷⁷ * - في يحيى 518 وفي المجموعة.

²⁴⁷⁸ - في المطبوع أخرى وما بين المعقوفين من ما يابى 290.

²⁴⁷⁹ - في المطبوع لأم أخا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 417 ويم ص 150 ويحيى ص 176 وما يابى 291.

²⁴⁸⁰ - في المطبوع للأخ السدس للأم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 417 ويم ص 150 ويحيى ص 176 وما يابى

نص خليل

وَالْاثْنَا عَشَرَ لثَلَاثَةَ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ وَالْأَرْبَعَةَ وَالْعِشْرُونَ لِسَبْعَةِ وَعِشْرِينَ زَوْجَةً وَأَبَوَانِ وَأَبْنَتَانِ وَهِيَ الْمُنْبَرِيَّةُ لِقَوْلِ عَلِيٍّ صَارَ ثَمَنُهَا ثُسْعًا [وَرَدٌ] 2481 [س] كُلُّ [صِنْفٍ] 2482 [س] انْكَسَرَتْ عَلَيْهِ سِهَامُهُ إِلَى وَفْقِهِ وَلَا تَرَكَ وَقَابِلَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَخَذَ أَحَدُ الْمَثْلَيْنِ وَأَكْثَرَ الْمُتَدَاخِلِينَ وَحَاصِلُ ضَرْبِ أَحَدِهِمَا فِي وَفْقِ الْآخَرِ إِنْ تَوَافَقَا وَإِلَّا فِيهِ كُلُّهُ إِنْ تَبَايَنَّا ثُمَّ بَيْنَ الْحَاصِلِ وَالثَّلَاثِ ثُمَّ كَذَلِكَ وَضَرْبَ فِي الْعَوْلِ أَيْضًا وَفِي الصَّنْفَيْنِ اثْنَتَا عَشْرَةَ صُورَةً لِأَنَّ كُلَّ صِنْفٍ إِمَّا أَنْ يُوَافِقَ سِهَامَهُ أَوْ يُبَايِنَهَا أَوْ يُوَافِقَ أَحَدَهُمَا وَيُبَايِنَ الْآخَرَ ثُمَّ كُلُّ إِمَّا أَنْ يَتَدَاخِلَا أَوْ يَتَوَافَقَا أَوْ يَتَبَايِنَا أَوْ يَتِمَّا ثَلَاثًا فَالْمُتَدَاخِلُ أَنْ يُفْنِيَ أَحَدَهُمَا الْآخَرَ أَوَّلًا وَإِلَّا فَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ فَمُتَبَايِنٌ وَإِلَّا فَالْمُتَوَافِقُ بِنِسْبَةِ مُفْرَدٍ لِلْعَدَدِ الْمُفْنِي آخِرًا وَلِكُلِّ مِنَ التَّرَكَةِ بِنِسْبَةِ حَظِّهِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ أَوْ تَقْسِمُ التَّرَكَةَ عَلَى مَا صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ كَزَوْجٍ وَأُمٍّ وَأَخْتٍ لِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ وَالتَّرَكَةُ عِشْرُونَ فَالْثَلَاثَةُ مِنَ الثَّمَانِيَةِ رُبْعٌ وَثَمَنٌ فَيَأْخُذُ سَبْعَةً وَنِصْفًا وَإِنْ أَخَذَ أَحَدُهُمْ عَرْضًا فَأَخَذَهُ بِسَهْمِهِ وَأَرَدَتْ مَعْرِفَةَ قِيمَتِهِ فَاجْعَلِ الْمَسْأَلَةَ سِهَامَ غَيْرِ الْآخِذِ ثُمَّ اجْعَلِ لِسِهَامِهِ مِنَ تِلْكَ النِّسْبَةِ فَإِنْ زَادَ خُمُسَةً لِيَأْخُذَ فَرْدَهَا عَلَى الْعِشْرِينَ ثُمَّ اقْسِمِ وَإِنْ مَاتَ بَعْضُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَوَرِثَهُ الْبَاقُونَ كَثَلَاثَةً بَيْنَ مَاتَ أَحَدُهُمْ أَوْ بَعْضُ كَزَوْجٍ مَعَهُمْ وَلَيْسَ أَبَاهُمْ فَكَالْعَدَمِ وَإِلَّا صَحَّحَ الْأُولَى ثُمَّ الثَّانِيَةَ فَإِنْ انْقَسَمَ نَصِيبُ الثَّانِي عَلَى وَرَثَتِهِ كَابْنٍ وَبَنَتْ مَاتَ وَتَرَكَ أَخْتًا وَعَاصِبًا صَحَّتَا وَإِلَّا وَفَّقَ بَيْنَ نَصِيبِهِ وَمَا صَحَّتْ مِنْهُ مَسْأَلَتُهُ وَأَضْرَبَ وَفَّقَ الثَّانِيَةَ فِي الْأُولَى كَابْنَيْنِ وَأَبْنَتَيْنِ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَتَرَكَ زَوْجَةً وَبَنَاتًا وَثَلَاثَةَ بَنِينَ ابْنٍ فَمِنْ لَهُ شَيْءٌ فِي الْأُولَى ضَرْبَ لَهُ فِي وَفْقِ الثَّانِيَةِ وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ فِيهِ وَفَّقَ سِهَامَ الثَّانِي وَإِنْ كَمْ يَتَوَافَقَا ضَرَبْتَ مَا صَحَّتْ مِنْهُ مَسْأَلَتُهُ فِيمَا صَحَّتْ مِنْهُ الْأُولَى كَمُوتِ أَحَدِهِمَا عَنْ ابْنٍ وَبَنَتْ وَإِنْ أَقَرَّ أَحَدَ الْوَرَثَةِ فَقَطَّ بَوَارِثٌ فَلَهُ مَا نَقَصَهُ الْإِقْرَارُ تَعْمَلُ فَرِيضَةُ الْإِنْكَارِ ثُمَّ فَرِيضَةُ الْإِقْرَارِ ثُمَّ انْظُرْ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ تَدَاخُلٍ وَتَبَايُنٍ وَتَوَافُقٍ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي كَشَقِيقَتَيْنِ وَعَاصِبٍ أَقَرَّتْ وَاحِدَةً بِشَقِيقَةٍ أَوْ بِشَقِيقِ وَالثَّلَاثِ كَابْنَتَيْنِ وَأَبْنٍ أَقَرَّ بَابْنٍ وَإِنْ أَقَرَّ ابْنٌ بَبْنَةٍ وَبَنَتْ بَابْنٍ فَالْإِنْكَارُ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَإِقْرَارُهُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَهِيَ مِنْ خُمُسَةٍ فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي خُمُسَةٍ يَعْشَرِينَ ثُمَّ فِي ثَلَاثَةٍ يَرُدُّ الْإِبْنَ عَشْرَةً وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَإِنْ أَقَرَّتْ زَوْجَةً حَامِلٌ وَاحِدٌ أَخُوهُ أَنَّهَا وَلَدَتْ حَيًّا فَالْإِنْكَارُ مِنْ ثَمَانِيَةِ كَالْإِقْرَارِ وَفَرِيضَةُ الْإِبْنِ مِنْ ثَلَاثَةٍ تَضْرِبُ فِي ثَمَانِيَةِ وَإِنْ أَوْصَى بِشَائِعٍ كَرُبْعٍ أَوْ جِزٍّ مِنْ أَحَدٍ عَشَرَ أَخَذَ مَخْرَجَ الْوَصِيَّةِ ثُمَّ إِنْ انْقَسَمَ الْبَاقِي عَلَى الْفَرِيضَةِ كَابْنَيْنِ وَأَوْصَى بِالثَّلَاثِ فَوَاضِحٌ وَإِلَّا وَفَّقَ بَيْنَ الْبَاقِي وَالْمَسْأَلَةِ وَأَضْرَبَ الْوَفَّقَ فِي مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ كَأَرْبَعَةٍ أَوَّلًا وَإِلَّا فَكَامِلُهَا كَثَلَاثَةً وَإِنْ أَوْصَى بِسُدُسٍ وَسَبْعٍ ضَرَبْتَ سِتَّةً فِي سَبْعَةٍ ثُمَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ أَوْ فِي وَفْقِهَا وَلَا يَرِثُ مُلَاعِنٌ وَمُلَاعِنَةٌ.

ابن عمه ما بقي بالسوء، وقال أشهب يترجح الأخ للأُم لأنه زاد [بولادة] 2483 [الأم كالأخ الشقيق مع الأخ للأب، وأجيب للأول بأن زيادة ولادة الأم ليست في محل التعارض فلا توجب الترجيح، بخلاف مسألة الأخ الشقيق والأخ للأب ونحوهما. انتهى من التوضيح. وكذلك لو ترك المعتق ابني عم وأحدهما أخ لأم فالولاء بينهما نصفين عند ابن القاسم، وقال أشهب الولاء للأخ للأُم. قاله في كتاب الولاء من المدونة وابن يونس.

متن الحطاب

ص: والاثنا عشر لثلاثة عشر ش: مثل الشارح في الشرح الصغير لقوله: "ثلاثة عشر" / بزوجة وأبوين وأخت شقيقة أو لأب، وهذا سهو منه رحمه الله؛ فإن الأخوات لا يرثن مع الأب، ومثل لذلك في الوسط والكبير بزوجة وأخوين لأم وأخت شقيقة أو لأب وهو [الظاهر] 2484؛ لأن للشقيقة أو التي للأب النصف ستة وللزوجة الربع ثلاثة وللأخوين للأُم الثلث أربعة الجملة ثلاثة عشر، / ومن أمثلة عولها لثلاثة عشر زوجة وأم وأختان شقيقتان أو لأب أو إحداهما شقيقة والأخرى لأب. والله أعلم. ص: وترك زوجا ش: أي زوجة ويعين ذلك أن الكلام فيما إذا وافق/ سهام الميت الثاني مسألته وإنما يتصور حيث يكون الميت أحد الابنين، وأما/ البنتان فسهام كل واحدة واحد، والواحد

418

419

420

421

الحديث

2481 - قوله ورد هو بالبناء للفاعل وهو الحاسب أو القاسم لمناسبة قوله الآتي وقابل كما في عب.

2482 - يقال صنف وفرض وجيز وطائفة ونوع وكلها مترادفة هـ بناني.

2483 - في المطبوع فولادة وما بين المعقوفين من يم 171.

2484 - في م ويحيى 518 ظاهر.

نص خليل

وتوءماها شقيقان وَلَا رَقِيقَ وَلَسَيِّدٍ الْمُعْتَقَ بَعْضُهُ جَمِيعُ إِرْثِهِ وَلَا يُورَثُ إِلَّا الْمُكَاتَبُ وَلَا قَاتِلُ عَمَدًا عُدُوًّا وَإِنْ أَتَى بِشُبْهَةٍ كَمُخْطِئٍ مِنَ الدِّيَةِ وَلَا مُخَالَفٍ فِي دِينِ كَمُسْلِمٍ مَعَ مُرْتَدٍّ أَوْ غَيْرِهِ وَكَيْهُودِيٍّ مَعَ نَصْرَانِيٍّ وَسِوَاهُمَا مِلَّةٌ وَحَكْمٌ بَيْنَ الْكُفَّارِ بِحُكْمِ الْمُسْلِمِ إِنْ لَمْ يَأْبَ بَعْضٌ إِلَّا أَنْ يُسْلِمَ بَعْضٌ فَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُونُوا كِتَابِيَيْنِ وَلَا فَبَحْكُمِهِمْ.

متن الخطاب

422 [يباين²⁴⁸⁵] كل/ عدد، وإن كان الميت أحد الابنين تعين أن يكون المراد زوجة. والله أعلم. ص: وتوأمها شقيقان ش: هذا هو المشهور، وقال المغيرة إنهما يتوارثان لأم كالمشهور في توامي الزانية والمغصوبة، وقال ابن نافع إنهما شقيقان أيضا، وأما توأما المستأمنة والمسيبة فقال في أول كتاب اللعان من البيان إنهما شقيقان، ولم يحك في ذلك خلافا، وقد تقدم الكلام على هذه المسألة في اللعان.

ص: ولا رقيق ش: وفي المدونة: [إذا أعتق²⁴⁸⁶] المديان ولم يعلم الغرماء حتى مات بعض قرابة المعتق لم يرثه؛ لأنه عبد حتى يجيز الغرماء العتق، فهو متردد بين الحرية والرق، وقريبه حر صرف، وإذا بتل عتق عبده في مرضه وله أموال متفرقة إذا جمعت خرج العبد من ثلثها فلا يرث قبل جمعها لأن المال قد يهلك فلم تتحقق الحرية. قاله في العتق الأول، وقال ابن يونس: إذا اشترت عبدا فأعتقته وورث وشهد ثم استحق فإن أجاز المستحق البيع نفذ العتق والميراث، وإلا بطل الجميع، والفرق أن المديان متعدد على الغرماء بخلاف المشتري، فلو علم المشتري بملك المستحق استوت المسألتان عند العتق. قال ابن يونس: وإن لم يعلم الغرماء حتى ورث ثم أجازوا نفذت الأحكام. انتهى.

ص: ولا قاتل عمدا عدوانا ش: ولو عفا عنه. قال في كتاب الوصايا من النوادر في ترجمة المدبر وأم الولد يقتلان السيد عن كتاب ابن المواز: وإذا قامت بينة على وارث أنه قتل مورثه عمدا، فأبرأه المقتول فإنه يتهم في إبرائه لأن ولده يرى أنه يوجب له ميراثا زال عنه بالقتل وهو عفو جائز لا يقتل به، ولكن لا يرثه بذلك ولا يكون [مصابه²⁴⁸⁷] وصية له من ثلثه لأنه يتهم ولكن لو لم يبرئه وقال نصيبه من الميراث هو له وصية فذلك له جائز؛ [لأنه²⁴⁸⁸] وصية لغير وارث، ومن كتاب ابن المواز والمجموعة: قال أشهب: إذا قامت بينة على وارث بالقتل عمدا فكذبهم بعض الورثة وصدقهم البعض فإن ما صار للمكذبين من ميراثهم يريد من الدية فهو للقاتل، وكذلك الموصى له بالوصية كما لو أقر الميت بدين لوارثه وصدقه بعض ورثته. انتهى.

تنبيه: احترز المؤلف بقوله: "عمدا عدوانا" مما لو كان عمدا غير عدوان. قال الفاكهاني: نحو أن يقتل الحاكم ولده قصاصا ونحوه فهذا يورث عندنا بلا خلاف أعلمه، وفي مذهب الشافعي ثلاثة أقوال. انتهى.

ص: وإن [أتى²⁴⁸⁹] بشبهة ش: يشير إلى ما قاله في النوادر: إذا قتل الأبوان [ابنهما²⁴⁹⁰]

الحديث

2485 - في المطبوع بيان وما بين المعقوفين من ن عود ص 221.

2486 - في المطبوع عتق وما بين المعقوفين من م ويحيى 518.

2487 - في المطبوع نصيبه وما بين المعقوفين من ن عود ص 422 ويم 172 ويحيى 518.

2488 - في المطبوع لأنه لأنه وما بين المعقوفين من ن عود ص 422 ويم 172 ويحيى 518.

2489 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 422 ويم 151 ويحيى ص 177 وما يابى 292.

2490 - في المطبوع ابناهما وما بين المعقوفين من ن عود ص 422 ويم 151 ويحيى ص 177 وما يابى 292.

وَلَا مِنْ جُهِلٍ تَأَخَّرَ مَوْتُهُ وَوُقِفَ الْقَسْمُ لِلْحَمْلِ وَمَالُ الْمَقْذُودِ لِلْحَكْمِ بِمَوْتِهِ وَإِنْ مَاتَ مُورِّثُهُ قُدِّرَ حَيًّا وَمَيِّتًا وَوُقِفَ الْمَشْكُوكُ فِيهِ فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةُ التَّعْمِيرِ فَكَالْمَجْهُولِ فَذَاتُ زَوْجٍ وَأُمٌّ وَأَخْتُ وَأَبٌ مَقْذُودٌ فَعَلَى حَيَاتِهِ مِنْ سِتَّةٍ وَمَوْتُهُ كَذَلِكَ وَتَعُولُ لِثَمَانِيَةٍ وَتَضْرِبُ الْوَفْقَ فِي الْكُلِّ بِأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ لِلزَّوْجِ تِسْعَةً وَلِلْأُمِّ أَرْبَعَةً وَوُقِفَ الْبَاقِي فَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ حَيٌّ فَلِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ وَلِلْأُمِّ ثَمَانِيَةٌ أَوْ مَوْتُهُ أَوْ مَضَى مُدَّةُ التَّعْمِيرِ فَلِلْأَخْتِ تِسْعَةً وَلِلْأُمِّ اثْنَانِ وَلِلْخُنْثَى الْمُشْكِلِ نِصْفٌ نَصِيبِي ذَكَرٍ وَأُنْثَى تُصَحِّحُ الْمَسْأَلَةَ عَلَى التَّقْدِيرَاتِ ثُمَّ تَضْرِبُ الْوَفْقَ أَوْ الْكُلَّ ثُمَّ فِي حَالَتِي الْخُنْثَى.

نص خليل

423 على وجه الشبهة وسقط/ عنهما القتل فالدية عليهما، ولا يرثان منها ولا من المال لأنه عدوان من الأجنبي. نقله في الذخيرة.
 فرع: قال الفاكهاني: إذا جرح إنسان [موروثه]²⁴⁹¹ فمات الجراح قبل المجروح هل يرثه لم أقف عليه على نص وفي الروضة أنه يرث. انتهى.
 قلت: ولا ينبغي أن يختلف في أنه يرث وهو ظاهر. والله أعلم.
 ص: ولا من جهل تأخر موته ش:

متن الخطاب

فرع: من أنفذت مقاتله ومات له قريب حكى ابن رشد في رسم سماع ابن القاسم من كتاب الديات الخلاف في ذلك، وذكر ابن ناجي في شرح الرسالة عن ابن يونس أنه/ صوب قول من قال إنه لا يرث [منه].²⁴⁹² انتهى.

424

ص: وللخنثى المشكل نصف نصيبى ذكر وأُنْثَى ش: تقدم أن من موانع الإرث الشك وهو أقسام؛ الأول: [الشك]²⁴⁹³ في تأخر موت أحدهما عن الآخر.

الثاني في الوجود، والكلام على الخنثى من وجوه الأول في ضبطه، وهو بضم الخاء المعجمة وسكون النون وبالثاء المثناة وبعدها ألف تأنيث مقصورة، والضمائر الراجعة إلى الخنثى مذكورة وإن بانث أنوثته لأن مدلوله شخص صفته كذا وكذا، وجمعه خنثاى وخنات.
 الثاني: في اشتقاقه وهو مأخوذ من قولهم خنث الطعام إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود [منه].²⁴⁹⁴

الثالث: في بيان معناه. قال في الصحاح: الخنثى الذي له ما للرجال والنساء جميعا. انتهى. وقال الفقهاء هو من له ذكر الرجال وفرج النساء وهذا هو الأشهر فيه، وقيل إنه يوجد منه نوع آخر ليس له واحد منهما وإنما له ثقب بين فخذيه يبول منه لا يشبه واحدا من الفرجين.

الرابع: في أقسامه والخنثى على قسمين مشكل وواضح، فأما من ليس له واحد من فرجي الرجال والنساء فقال الشافعية هو مشكل أبدا، وأما على مذهبنا فيمكن أن يكون واضحا بأن تنبت له لحية أو ثدي، وأما من له الآلتان فإن ظهرت فيه علامات الرجال حكم بذكوريته، وإن ظهرت فيه علامات النساء حكم بأنوثته، ويسمى من ظهرت فيه إحدى العلامتين واضحا، وإن وجدت فيه العلامات واستوت فيه فهو مشكل، فتحصل من هذا أن المشكل نوعان: نوع له الآلتان واستوت فيه العلامات،

الحديث

2491 - في المطبوع وريثه وما بين المعقوفين من بم 171.

2492 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 424 ويم ص 151 ويحيى ص 177 وما يابى 292.

2493 - ساقطة من المطبوع يحيى ص 177 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 424 ويم ص 151 وما يابى 292.

2494 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في منح الجليل، ج 9 ص 702.

ونوع ليس له واحدة من الآلتين وإنما له ثقب كما تقدم.
الخامس: في وجود الخنثى، أما الواضح فموجود بلا خلاف، واختلف في وجود الخنثى المشكل فالجمهور على إمكان وجوده ووقوعه، وعلى ذلك بنى أهل الفرائض والفقهاء مسائل هذا الباب، وذهب الحسن البصري من التابعين والقاضي إسماعيل من المالكية إلى أنه لا يوجد خنثى مشكل. قال الحسن: لم يكن الله عز وجل يضيق على عبد من عبيده حتى لا يدري أذكر هو أم أنثى، وقال القاضي إسماعيل لا بد له من علامة تزيل إشكاله.

السادس في أن الخنثى المشكل خلق ثالث مغاير للذكر والأنثى أو هو أحدهما لكن أشكل علينا، واستدل على ذلك بقوله: ﴿وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى﴾ ﴿فلو كان هناك خلق ثالث لذكره لأن الآية سيقى للامتنان. قال العقباني: ولقائل أن يقول إن الآية إنما سيقى للرد على الزاعمين أن الله تعالى ولدا فمنهم من زعم أن له ولدا ذكرا ومنهم من زعم أن له بنات فرد الله عليهم بأنه خلق النوعين فكيف يكون له منهما ولد وهو / الخالق لهما؟ ولم يزعم أحد أن له ولدا خنثى، فلم يحتج في الرد عليهم إلى ذكر الخنثى، واستدل أيضا بقوله: ﴿وبث منهما رجالا كثيرا ونساء﴾ وبقوله: ﴿يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور﴾ قالوا فلو كان هناك خلق ثالث لذكره. انتهى. والجواب الواضح هو ما يأتي في السابع من أن الجمهور على أن الخنثى من أحد الصنفين، ولكن خفيت علينا علامته فتأمل. وخرج العقباني في شرح الحوفي من القول بأنه لا ميراث له أنه صنف ثالث قال: إذ لو كان لا يخلو عن أن يكون ذكرا أو أنثى لما حرمه الميراث، ولو لم يكن إلا أقل الميراثين لأنه مقطوع باستحقاقه، غير أن هذا القول نقل ابن حزم الإجماع على خلافه، وظاهر كلام الأئمة أنه ليس خلقا ثالثا. انتهى.

السابع: في ذكر أول من حكم فيه في الجاهلية والإسلام قال عبد الحق في تهذيب الطالب عن بعض شيوخه في النكاح الثاني منه، ونقله ابن عرفة إن أول من حكم فيه عامر بن الظرب في الجاهلية، نزلت به قضيته فسهر ليلته، فقالت له خادمه سخيلة راعية غنمه ما أسهرك يا سيدي؟ قال: لا تسألني عما لا علم لك به، ليس هذا من رعي الغنم. فذهبت ثم عادت وأعادت السؤال فأعاد جوابه فراجعته، وقالت: لعل عندي مخرجا، فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى فقالت أتبع الحكم المبال ففرج وزال غمه. زاد المتطيطي: وكان الحكم إليه في الجاهلية فاحتكموا إليه في ميراث خنثى فلما أخبرته بذلك حكم به. الجوهري: والظرب بالطاء المعجمة وكسر الراء واحد الظراب، وهي [الروابي الصغار ومنه سمي عامر²⁴⁹⁵] بن الظرب العدواني أحد فرسان العرب. عبد الحق وغيره: ثم حكم به في الإسلام علي بن أبي طالب رضي الله عنه. انتهى باختصار. ابن عرفة: ويريد بما ذكر عن الجوهري أن الظرب بالطاء لا بالضاد كما يقوله ويكتبه كثير من الناس، وقوله: "أحد فرسان العرب" كذا في بعض نسخ الصحاح، وفي بعض النسخ الصحيحة المقروءة على أئمة اللغة أحد حكام العرب، ولفظ عبد الحق في التهذيب بعد ذكر قصة عامر: ثم حكم فيه علي بن أبي طالب في الإسلام بهذا الحكم بأن جعل الحكم للمبال، وهو أول من حكم بها في الإسلام. انتهى. وقال في [النهاية: ²⁴⁹⁶] كان عامر حاكم العرب فأتوه في ميراث

²⁴⁹⁵ - في المطبوع الروابض الصغار منه وما بين المعقوفين من الصحاح، ج 1 ص 174 .

²⁴⁹⁶ - في المطبوع التنبيهات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 ويم ص 151 ويحيى ص 177 وما يابى 293.

متن الخطاب خنثى فأقاموا عنده أربعين يوما وهو يذبح لهم كل يوم، وكانت له أمة يقال لها سخيلة فقالت إن مقام هؤلاء أسرع في غنمك فقال ويحك لم تشكل علي حكومة قط غير هذه، فقالت له أتبع الحكم المبال. قال: فرجتها يا سخيلة فصارت مثلاً. قال الأذرعى: وفي ذلك عبرة ومزدجر لجهلة قضاة الزمان [ومفتيه، ²⁴⁹⁷] فإن هذا مشرك توقف في حكم حادثة أربعين يوما ولا قوة إلا بالله. انتهى من شرح شيخنا زكرياء للفصول.

قلت: وفيه عبرة من جهة أخرى وهي أن الحكمة قد يخلقها [الله تعالى ²⁴⁹⁸] ويجريها على لسان من لا يظن به معرفتها، وأنه وإن عجز عن إدراكها أصحاب الفطنة والعقول المستعدة لذلك فقد يجريها الله على لسان من لم يستعد لها. والله الموفق.

وذكر ابن إسحاق القصة في السيرة قبل الكلام على استيلاء قصي على أمر مكة [فقال عامر ²⁴⁹⁹] بن الظرب بن عمر [بن عباد ²⁵⁰⁰] بن [يشكر ²⁵⁰¹] بن عدوان العدوانى كانت العرب لا يكون بينها نائرة ولا عضلة في قضاء إلا أسندوا ذلك إليه ثم رضوا بما قضى فيه فاختصموا إليه في خنثى له ما للرجل وما للمرأة فقال حتى أنظر في أمركم، فوالله ما نزل بي مثل هذه منكم يا معشر العرب، فبات ليلته ساهرا يقلب في أمره وينظر في شأنه، لا يتوجه له فيه وجه، وكانت له جارية يقال لها سخيلة ترعى عليه غنمه فكان يعاتبها إذا سرحت فيقول أصبحت والله يا سخيل، وإذا أراحت عليه قال أمسيت والله يا سخيل، وذلك أنها كانت تؤخر [السرح ²⁵⁰²] حتى يسبقها بعض الناس، وتؤخر

الإراحة حتى يسبقها بعض الناس فلما رأت سهره وقلة قراره على فراشه قالت له ما لك لا أبا لك ما عراك في ليلتك هذه؟ فقال: / ويلك دعيني، أمر ليس من شأنك ثم عادت له بمثل قولها فقال في نفسه عسى أن تأتي بفرج فقال: ويحك اختصم إلي في ميراث خنثى فوالله ما أدري ما أصنع؟ فقالت سبحان الله لا أبالك أتبع القضاء المبال أقعده فإن بال من حيث يبول الرجل فرجل، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة، فقال أمسي سخيل بعدها أو صبحي فرجتها والله ثم خرج على الناس حين أصبح فقضى بالذي أشارت عليه. انتهى.

قال أبو القاسم السهيلي المالكي في الروض الأنف: وذكر -يعني ابن إسحاق- عامر بن الظرب وحكمه في الخنثى وما أفتت به جاريته سخيلة وهو حكم معمول به في الشرع، وهو من باب الاستدلال بالأمارات والعلامات، وله أصل في الشريعة قال الله تعالى: ﴿وجاؤوا على قميصه بدم كذب﴾ وجه الدلالة أن القميص المدمى لم يكن فيه خرق ولا أثر أنياب ذئب، وكذا قوله: ﴿إن كان قميصه قد من قبل﴾ والله أعلم.

الثامن: في ميراثه اختلف العلماء في ذلك على أحد عشر قولاً:

426

2497 - في المطبوع ومفتيه وما بين المعقوفين من يم 172 ومايأبى 293 ويحيى 519.

2498 - في المطبوع العلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 ويم ص 151 ويحيى ص 177 ومايأبى 293.

2499 - في المطبوع ويحيى ص 177 فقال أمر عامر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 ومايأبى 293.

2500 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 ويحيى ص 177 ومايأبى 293 (عياد).

2501 - في المطبوع شكير وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2502 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يم 173 ومايأبى 294.

الأول: وهو المشهور أنه يجب له نصف الميراثين على طريقة ذكر الأحوال أو ما يساويها من الأعمال على أن يضعف لكل مشكل بعدد أحوال من معه من المشكلين.

الثاني: لابن حبيب [أن كل²⁵⁰³] وارث من الخنثى وغيره يضرب في المال بأكثر مما يستحق²⁵⁰⁴ فيقتسمونه على طريقة عول الفرائض فإذا كان ولدان ذكر وخنثى ضرب الذكر بالثلثين لأنه أكثر ما يدعي وضرب الخنثى بالنصف لأنه أكثر ما يدعي.

الثالث: لابن حبيب أيضا أنه يأخذ ثلاثة أرباع المال فأقل فإن كان معه غيره ممن ليس بمشكل فإنه يضرب بثلاثة أرباع ما يضرب به الذكر فإن كان وحده ليس معه إلا من يحجبه لو كان ذكرا أخذ ثلاثة أرباع المال وأخذ العاصب الربع وإن كان معه ابن ضرب الخنثى بثلاثة أرباع النصف إذ النصف أكثر ميراثه فإن كان معه اثنان ضرب بثلاثة أرباع الثلث وإن كان معه بنت ضرب بثلاثة أرباع الثلثين.

الرابع: ما حكى عن مالك أنه قال هو ذكر زاده الله فرجا تغليبا لجانب الذكورية قال وقد غلب جانب الذكورية مع الانفصال -يعني في الخطاب- لو كان المخاطب رجلا واحدا وألف امرأة لخطوب الجميع خطاب الذكور فكيف وهو هنا متصل، والصحيح أنه لم يصح عن مالك فيه شيء. قال الحوفي: قال ابن القاسم لم يكن أحد يجتري أن يسأل مالكا عن الخنثى المشكل قال العقباني: انظر ما الذي هابوه من سؤال مالك عن الخنثى؟ انتهى. ولفظ المدونة: ما اجترأت على سؤال مالك عنه. انتهى.

الخامس: كالمشهور في غير مسائل العول، وأما [في²⁵⁰⁵] مسائل العول فينظر كم التقادير في المسألة، وكم تقادير العول فيها، ويؤخذ بتلك النسبة من العول فيجعل عول المسألة، مثال ذلك عول الغراء ثلاثة، فلو فرضنا الأخت فيها خنثى فإنما يحصل العول في حالة التأنيث فقط، فللعول تعديل واحد ونسبته إلى حال الخنثى النصف، فيؤخذ نصف العول ويجعل ذلك عول المسألة فتكون مسألة التأنيث فيها عائلة إلى سبعة ونصف. وسيأتي كيفية حسابه، مثاله الغراء المتقدمة زوج وأم وجد وأخت خنثى مشكل، [فبتقدير²⁵⁰⁶] الذكورة المسألة من ستة بلا عول ويسقط الأخ وبتقدير الأنوثة المسألة من ستة، وتعول لتسعة، وتصح من سبعة وعشرين، والستة والسبعة والعشرون متوافقان بالثلث فتضرب اثنين في سبعة وعشرين فتصح المسألتان من أربعة وخمسين، فتضربها في حالي الخنثى تبلغ مائة وثمانية، فعلى تقدير التذكير للزوج النصف أربعة وخمسون، وللأم الثلث ستة وثلثون، وللجد السدس ثمانية عشر، وعلى التأنيث للزوج ستة وثلثون، وللأم أربعة وعشرون، وللجد اثنان وثلثون، وللخنثى ستة عشر، فيجتمع للزوج تسعون له نصفها، وللأم ستون لها نصفها، وللجد خمسون له نصفها، وللخنثى ستة عشر له نصفها، وعلى هذا القول تعول مسألة التذكير من ستة. / ومسألة التأنيث من سبعة ونصف لأن العول

2503 - في المطبوع إن كان وما بين المعقوفين من يحيى 520 ويم 173 وما يابى 294.

2504 - في ما يابى 294 بأكثر ما يستحق.

2505 - ساقطة من المطبوع ويحيى ص 178 وما بين المعقوفين من ن عود ص 426 وما يابى 294.

2506 - في المطبوع فتقدير وما بين المعقوفين من ما يابى 295.

متن الخطاب

ثلاثة يؤخذ نصفها، وذلك نسبة حالة العول إلى حالتي المسألة.

السادس: مثل الخامس إلا أنه يقول في الغراء إنما يضم الجد إلى سهام الأخت نصف سهامه؛ لأنه يقول إنما أضف جملة سهامي إلى جملة سهامك وأنت لم تستوفي جملة سهامك.
السابع: أن المال يقسم على أقل ما يدعيه كل واحد إلا أنه مختص بما إذا لم يؤد إلى سقوط أحد من الطالبين.

الثامن: مذهب الشافعي أنه يعطى كل واحد من الورثة الخنثى وغيره أقل ما يستحقه، ومن سقط في بعض التقادير لم يعط شيئاً، ويوقف في المشكوك فيه كما في المفقود حتى يتبين أمره أو يصطلحوا على شيء.

التاسع: مذهب أبي حنيفة أنه يعطى الخنثى أقل ما يجب له ويعطى غيره أكثر ما يجب له ولا إيقاف.

العاشر: مثل الأول إلا أن الأحوال لا تتعدد بتعدد المشكلين، بل يقتصر على حالين فقط، وهو قول الثوري وأبي يوسف ومحمد بن الحسن، وعن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة، وعن محمد مثل القول الأول.

الحادي عشر: أنه لا شيء له وأنه لا يرث شيئاً، وهذا القول نقله الغزالي، وحكى ابن حزم الإجماع على خلافه. والله أعلم.

التاسع: من أوجه الكلام على الخنثى هل هذا الميراث المجمعول له [ميراث ثالث²⁵⁰⁷] مشروع مغاير لميراث الذكر والأنثى، أم لا ميراث في الشرع سوى أحد الميراثين، لكن لما تعذر علينا معرفة حاله توسطنا في ذلك؟ قال العقباني: هذا ينبغي [على²⁵⁰⁸] أنه خلق ثالث، وليس هو أحد النوعين، وقد تقدم أن جماهيرهم على أنه ليس خلقاً ثالثاً فليس له ميراث ثالث، وبهذا يعلم الجواب عما اعترض به بعضهم على الفرضيين بأنهم بينوا في أول كتبهم مقادير المواريث من فرض أو تعصيب للذكور والإناث، ولم يبينوا مقدار ميراث الخنثى إلا في آخر كتبهم، والجواب أنه ليس له ميراث ثالث فيبين.

العاشر: في السبب الذي يتصور أن يرث به الخنثى فإن أسباب الإرث ثلاثة نسب ونكاح وولاء فأما ميراثه [من نسب فيتأتى²⁵⁰⁹] في الأولاد وأولاد الولد والإخوة والعصبات، ولا يتأتى في الآباء والأمهات لمنع نكاحه.

قال في المقدمات: ولا يكون الخنثى المشكل زوجاً [ولا²⁵¹⁰] زوجة ولا أباً ولا أما، وقد قيل إنه قد وجد من ولد له من بطنه وظهره، فإن صح ذلك ورث من ابنه لصلبه ميراث الأب كاملاً ومن ابنه لبطنه ميراث الأم كاملاً وهو بعيد. انتهى. غير أن الإخوة إن كانت من الأم فلا يتأتى فيها اختلاف في

الحديث

2507 * - في المطبوع ميراثاً ثالثاً وما بين المعقوفين من ما يابى 295 ويحيى 520.

2508 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ما يابى 295 ويحيى 520 ويم 173.

2509 * - في المطبوع بالنسب فسيأتي وما بين المعقوفين من يحيى 520.

2510 - في المطبوع زوجاً لا زوجة وما بين المعقوفين من ذي ص 427 ويحيى 520.

متن الخطاب
التقدير لأن ميراث الإخوة لأم لا يختلف [بالذكورة²⁵¹¹] والأنوثة، وكذلك الأخوات مع البنات فإنهن عصابات، وسيأتي في أثناء شرح قول المصنف: "فإن بال من واحد أو أكثر أو أسبق" مزيد بيان فيما إذا ولد للخنثى من ظهره وبطنه، وأما ميراثه بالنكاح فلا يتأتى إلا عند من يجيز نكاحه، وسيأتي الكلام على حكم نكاحه في الوجه الرابع عشر، وإذا ورث به فلا يتغير ميراثه، وأما ميراثه بالولاء فيرث من الولاء ما يرثه النساء، ولا يختلف ميراثه في ذلك بالذكورة والأنوثة. قال العقباني: قالوا ولا يرث غير ذلك؛ لأن الولاء إنما يورث بالتعصيب المستكمل، ولا يستكمل الخنثى تعصبا. قال: قلت ويلزم أن لا يرث بالبنوة؛ لأن الولد إذا كان وحده لا يرث إلا استكمالا أو نصفًا، وهكذا نقول في كل مسألة [هنا وفي البحث²⁵¹²] نشأ القول الذي ذكره الغزالي وهو أن الخنثى لا يرث. فرع: قال العقباني: وانظر لو كان لإنسان عم خنثى فولد من ظهره ذكرا، ثم مات الخنثى ثم ابن أخيه فهل يرث منه ابن الخنثى جميع المال لأنه ابن عم أم لا يرث أكثر مما كان يرث أبوه الذي يدلي به، أو يقال إن أباه لما ولد من ظهره تعين للذكورة فزال عنه الإشكال؟ اللهم إلا أن يكون له ولد أيضا من بطنه. انتهى. وذكر ابن عرفة والرخمي والمتيطي الكلام على الخنثى في كتاب النكاح فاعلمه. والله أعلم.

428

الحادي عشر: في كيفية العمل في مسائل الخنثى، ولنذكر هنا كلام المصنف. قال: / رحمه الله: "وللخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى" يعني أن الخنثى إذا كان واضحا فميراثه كميراث الصنف الذي التحق به، وإن كان مشكلا فله نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى ثم ذكر كيفية العمل في ذلك فقال: "تصحح المسألة على التقديرات" يعني أنه إن كان في المسألة خنثى واحد فتصحح المسألة على تقدير أنه ذكر ثم تصححها على تقدير أنه أنثى، وليس في هذا إلا تقديران، وإن كان فيها خنثيان فتصححها على تقدير كونهما ذكرا، وعلى تقدير كونهما أنثيين، وعلى تقدير كون أحدهما [ذكرا²⁵¹³] والآخر أنثى، وعلى عكسه فتجيء أربع تقديرات، ولا يلزم أن الثالث والرابع سواء بل قد يكون كذلك. وقد يختلف كما لو كان أحدهما أخا والآخر ابنا، وإن كان في المسألة ثلاثة خنثى فيأتي فيها ثمان تقديرات وإن كانوا أربعة فستة عشر تقديرا وهكذا، فتصحح على كل تقدير مسألته. قال المصنف: "ثم تضرب الوفق أو الكل" يعني ثم تضرب وفق أحدهما في الآخر إن توافقا، أو تضرب أحدهما في الآخر إن تباينا، وسكت عن التماثل والتداخل لوضوح ذلك، والمعنى أنك تحصل أقل عدد ينقسم على كل من المسائل المذكورة، وقد علمت أن في ذلك طريقين أسهلهما أن تنظر بين اثنين منهما فتكتفي بأحدهما إن تماثلا، وبأكثرهما إن تداخلا، وبالحاصل من ضرب وفق أحدهما في الآخر إن توافقا، أو ضرب كله في كل الآخر إن تباينا، ثم تنظر بين الحاصل والثالث وهكذا، ثم قال: "ثم في حالي الخنثى" يعني

2511 - في المطبوع بالذكورية وما بين المعقوفين من مايايى 295 و 173.

2512 - في المطبوع وفي هذا البحث وما بين المعقوفين من يحيى 521 و 173 ومايايى 296.

2513 - في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من يحيى 521 و 174.

نص خليل

وَتَأْخُذُ مِنْ كُلِّ نَصِيبٍ مِنَ الْاِثْنَيْنِ النُّصْفَ وَأَرْبَعَةَ الرُّبْعَ فَمَا اجْتَمَعَ فَنَصِيبُ كُلِّ كَذَكَرٍ وَخُنْثَى فَالتَّذْكِيرُ مِنَ اثْنَيْنِ وَالتَّأْنِيثُ مِنْ ثَلَاثَةٍ تَضْرِبُ الْاِثْنَيْنِ فِيهَا ثُمَّ فِي حَالَتِي الْخُنْثَى لَهُ فِي الذُّكُورَةِ سِتَّةٌ وَفِي الْأُنثَوَةِ أَرْبَعَةٌ فَنُصْفُهَا خَمْسَةٌ وَكَذَلِكَ غَيْرُهُ وَكَخُنْثَيَيْنِ وَعَاصِبٍ فَأَرْبَعَةٌ أَحْوَالٍ تَنْتَهِي لِأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ لِكُلِّ أَحَدٍ عَشَرَ وَلِلْعَاصِبِ اثْنَانِ.

متن الحطاب

إذا حصلت أقل عدد ينقسم على مسألة الخنثى أو على مسائله فاضرب ذلك العدد في حالتي الخنثى يريد إذا كان واحداً وإن [كانا]²⁵¹⁴ اثنين ففي أحوالهما وذلك أربعة وإن كانوا ثلاثة ففي أحوالهم وذلك ثمانية ثم تقسم العدد الحاصل على كل مسألة من مسائل الخنثى والخنثى ويجمع لكل وارث ما يخرج له في كل قسمة فما اجتمع بيد كل وارث من المسائل كلها أخذت منه جزءاً بنسبة الواحد إلى حالة الخنثى أو الخنثى، فإن كان الخنثى واحداً فليس إلا حالان ونسبة الواحد إليهما النصف فيأخذ نصف ما اجتمع لكل واحد من الورثة، وإن كان الخنثى اثنين فالأحوال أربعة، ونسبة الواحد إليها ربع فيأخذ لكل وارث ربع ما اجتمع له وإن كان الخنثى ثلاثة، فالأحوال ثمانية، ونسبة الواحد إليها الثمن فيعطى لكل واحد ثمن ما اجتمع له وهذا معنى [قوله]:²⁵¹⁵

ص: وتأخذ من كل نصيب من الاثنين النصف ش: فقوله من الاثنين بدل من قوله: "من كل نصيب" ونصيب مجرور بإضافة كل إليه، وفي الكلام حذف يبينه ما بعده تقديره [ويأخذ]²⁵¹⁶ كل من كل نصيب بنسبة الواحد إلى عدد أحوال الخنثى فمن الاثنين النصف وهكذا. والله أعلم. فيحتمل أن يريد/ المصنف بقوله: "فيأخذ من كل نصيب إلى آخره" ما ذكرنا ويحتمل أن يريد أنه إذا قسمت العدد الحاصل من ضرب الجامعة في أحوال الخنثى على كل مسألة فما خرج لكل وارث في تلك المسألة تأخذ منه بنسبة الواحد إلى أحوال الخنثى ثم مثل رحمه الله لذلك بمثالين أحدهما فيه خنثى واحد والآخر فيه خنثيان ففي المثال الأول إذا كان في المسألة ابن ذكر سوي وخنثى [فتقدير]²⁵¹⁷ كون الخنثى ذكراً تكون المسألة من اثنين وتقدره أنثى تكون من ثلاثة وأقل عدد ينقسم عليها ستة لتباينهما فتضرب الاثنين فيها أي في الثلاثة لتباينهما تحصل ستة والخنثى متحد فله حالتان فقط فتضرب الستة في اثنين يحصل اثنا عشر تقسمها على مسألة التذكير يحصل لكل واحد ستة وعلى مسألة التأنيث يحصل للذكر السوي ثمانية وللخنثى أربعة فتجمع ما حصل لكل واحد منهما في المسألتين فيجتمع لابن البنت أربعة عشر وللخنثى عشرة ونسبة الواحد إلى أحوال الخنثى النصف لأنه ليس له في مسألتنا إلا حالتان فيعطى لكل واحد نصف ما اجتمع له فيكون لابن البنت سبعة وللخنثى خمسة ومجموعهما اثنا عشر وإن شئت فخذ من النسبة الخارجة من قسمة الاثنين عشر على مسألة التذكير نصفها وهو ثلاثة لكل واحد من الاثنين البنت والخنثى ومن الثمانية الحاصلة لابن

429

الحديث

2514 * - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من مايايى 296 ويم 174.

2515 * - في المطبوع قول وما بين المعقوفين من مايايى 296 ويم 174 ويحيى 521.

2516 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 428 ومايايى 296 (ويم ص 153 ويحيى ص 179

وتأخذ).

2517 * - في المطبوع فتقدير وما بين المعقوفين من مايايى 297 وفي 174 بتقدير ص 429.

متن الخطاب السوي الخارجة من قسمة الاثني عشر على مسألة التأنيث نصفها وهو أربعة، وضمه للثلاثة التي حصلت له في مسألة التذكير يكون المجموع سبعة وخذ نصف الأربعة الحاصلة للخنثى في مسألة التأنيث وهو اثنان وضمه للثلاثة الحاصلة له في مسألة: التذكير يكون المجموع خمسة كما تقدم، والمثال الثاني إذا ترك الميت ولدين خنثيين وعاصبا فلا بد من أربعة مسائل مسألة تذكيرهما من اثنين ولا شيء للعاصب ومسألة تأنيثهما من ثلاثة وكذلك مسألة تذكير أحدهما وتأنيث الآخر وعكسه، فالثلاث المسائل الأخيرة متفقة فتكتفي بأحدهما وتضربه في مسألة التذكير لتباينهما [يحصل²⁵¹⁸] ستة تضربها في أحوال الخنثى وهي أربعة يحصل أربعة وعشرون، تقسمها على مسألة التذكير يحصل لكل خنثى اثنا عشر ولا شيء للعاصب وعلى مسألة التأنيث يحصل لكل من الخنثيين والعاصب ثمانية [ثمانية²⁵¹⁹] وعلى تقدير تذكير أحدهما وتأنيث الآخر يحصل للذكر ستة عشر، وللأنثى ثمانية ولا شيء للعاصب وكذا على تقدير عكسه.

فيحصل لكل واحد من الخنثيين في المسائل الأربع أربعة وأربعون، وللعاصب ثمانية فقط، ونسبة الواحد إلى أحوال الخنثى أربعة فيؤخذ لكل وارث ربع ما حصل له ولكل من الخنثيين ربع ما بيده وهو أحد عشر ربع الأربعة والأربعين، وللعاصب اثنان ربع الثمانية وإن شئت فخذ لكل واحد ربع ما يخرج له في كل مسألة واجمع ذلك يحصل أيضا أحد عشر لكل واحد من الخنثيين واثنان للعاصب. والله أعلم. هذا أحد طرق العمل على القول المشهور، وذكر ابن عرفة في شرح الحوفي للعمل على المشهور أربع طرق وللعمل على القول الآخر طرقا أخرى، وقد ذكر الشارح هنا عن ابن خروف أنه اعترض [على الفرضيين في عملهم²⁵²⁰] على هذه الطريق وأنها خطأ، وذكر طريقا أخرى مخالفة لما تقدم، وناقشه في ذلك العقباني، وقال [إن ما²⁵²¹] ذكره يتفرع على القول بأن التركة تقسم على الدعاوي، وهو مخالف لهذا القول، وأطال في ذلك فتأمله. والله أعلم.

الثاني عشر من أوجه الكلام على الخنثى في العلامات التي يستدل بها على [ذكورته وأنوثته: ²⁵²²] وكان ينبغي تقديم هذا الوجه كما فعل غالب الفرضيين، لكن تبعنا المصنف في تأخير الكلام عليه فأول العلامات التي يستدل بها على ذلك البول. قال العقباني: ففي النسائي أنه عليه الصلاة والسلام قال: {يورث من حيث يبول¹} لكنه ضعيف السند.

قال العقباني: نعم وضعيف/ المتن لأن الكلام في الاستدلال على توريثه لا في الإرث عنه إلا أن يكون لفظ يورث بفتح الواو وتشديد الراء لا بسكون الواو وتخفيف الراء فيستقيم حينئذ المتن. انتهى. قلت: والظاهر أن لفظ الحديث كذلك. والله أعلم. قال في المدونة: ويحكم في الخنثى بمخرج البول في نكاحه وميراثه وشهادته وغير ذلك، وما اجترأنا على سؤال مالك عنه. انتهى. وقال ابن يونس: ومن

430

الحديث 1 - عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود ولد له قبل وذكر من أين يورث فقال النبي صلى الله عليه وسلم يورث من حيث يبول، البيهقي في سننه الكبرى، ج 6 ص 261.

²⁵¹⁸ * - في يحيى 521 تحصل.

²⁵¹⁹ - ساقطة من المطبوع ويم ص 153 ويحيى ص 179 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 429 وما يابى 297.

²⁵²⁰ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 429 ويم ص 153 ويحيى ص 179 وما يابى 297.

²⁵²¹ * - في المطبوع فإنما وما بين المعقوفين من يحيى 521.

²⁵²² * - في المطبوع ذكوريته وأنوثته وما بين المعقوفين من يحيى 521 ويم 174 وما يابى 297.

فَإِنْ بَالَ مِنْ وَاحِدٍ أَوْ كَانَ أَكْثَرَ أَوْ أَسْبَقَ أَوْ نَبَتْ لَهُ لَحْيَةٌ أَوْ ثَدْيٌ أَوْ حَصَلَ حَيْضٌ أَوْ مَنِيٌّ فَلَا إِشْكَالَ وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

نص خليل

المدونة قال ابن القاسم: الحكم في الخنثى بمخرج البول، فإن كان يبول من ذكره فهو رجل، وإن كان يبول من فرجه فهو جارية لأن النسل من المبال وفيه الوطء فيكون ميراثه وشهادته وكل أمره على ذلك وما اجترأنا على سؤال مالك عنه. انتهى. ونقل اللخمي عن ابن القاسم نحوه. ثم قال: قوله المراعى ما يكون منه الولد صحيح، وقوله إنه يخرج من مخرج البول غير صحيح؛ لأن مخرجه غير مخرج الحيض الذي هو مخرج الولد ومحل الوطء. انتهى. ونقله ابن عرفة وقبلة.

متن الخطاب

وقال العقباني: عندي أنه لا تلزمه هذه المضايقة، وإنما قصد أن البول إذا خرج من الذكر دل على أن المني يخرج من الذكر وأن الفرج الآخر لا يخرج منه مني ولا ولد، وأن البول إذا خرج من الفرج دل على أن ذلك هو محل الوطء وأنه لا يكون بالذكر فعلى هذا يحمل كلامه. انتهى. فإن بال من أحد الفرجين فقط حكم بأنه من أهل ذلك الفرج. قال العقباني: ويستدل بالبول قبل غيره لعموم الاستدلال به في الصغير والكبير ولدوام وجوده فإن كان صغيراً لا يحرم النظر إلى عورته نظر إليه، وإن كان كبيراً فقليل ينظر في المرأة وقيل يبول على حائط أو متوجهاً إلى حائط قريب فيستدل باندفاع البول على الحائط أو إلى الحائط على الذكورة وبخلاف ذلك على الأنوثة، فلو بال من المحلين اعتبر الأكثر والأسبق، وأنكر [الشعبي] ²⁵²³ اعتبار الأكثر ورآه متعذراً، وقال: أيكال البول أو يوزن، واختلف إذا كان أحدهما الأكثر والآخر الأسبق. انتهى. وإلى هذا أشار المصنف بقوله:

ص: فإن بال من واحد وكان أكثر أو أسبق ش: أي فلا إشكال، وظاهر كلام المصنف وكلام العقباني تقديم اعتبار الكثرة على السبق، وهو صريح كلام الجواهر الآتي، وهو خلاف ما قاله اللخمي وابن يونس، وقبلة أبو الحسن. قال اللخمي: قال ابن حبيب: فإن بال منهما فمن حيث سبق، فإن لم يسبق أحدهما فمن حيث يخرج الأكثر، فإن لم يكن أحدهما أسبق ولا أكثر وكانت له لحية كان على حكم الغلام وإن لم تكن له لحية وكان له ثدي فعلى حكم المرأة، فإن لم يكونا أو كانا كان له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، ولا يجوز له نكاح. انتهى. وقال ابن يونس: فإن بال منهما جميعاً فمن أيهما سبق.

قال أيوب: فإن خرج منهما معا فقال أبو يوسف وبعض أصحاب أبي حنيفة ينظر من أيهما خرج أكثر فيكون [له] ²⁵²⁴ الحكم. قال شيخنا عتيق: وأنكر ذلك الشعبي، وقال: أيكال البول أو يوزن؟ والأولى ما قالته الجماعة؛ لأن الأقل تبع للأكثر في أكثر الأحكام، ونقل شيخنا زكرياء في شرح الفصول عن القاضي أظنه الماوردي أنه قال: أسكت أبو حنيفة أبا يوسف في الخنثى، فإنه سأل أبا حنيفة بم تحكم في الخنثى؟ فقال: بالبول. فقال: أرأيت لو كان يبول بهما؟ فقال: لا أدري. فقال أبو يوسف: لكنني أدري أحكم بأسبقهما. فقال: أرأيت لو استويا في الخروج؟ فقال: أحكم بالكثرة. فقال أبو حنيفة: أيكال أم يوزن؟ فسكت أبو يوسف. انتهى. وقد صرح الشافعية بأنه يحكم بالتأخر إذا استويا في الخروج، وأما إذا سبق أحدهما فالحكم له ولو تأخر الآخر، ولو بال من أحدهما مرة ومن

الحديث

2523 - في المطبوع الشافعي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 430 ويم ص 175 ويحيى ص 180 وما يابى 298.

2524 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى 522 وما يابى 298 ويم 175.

الآخر أخرى، أو سبق أحدهما تارة والآخر أخرى فالعبرة بالأكثر، فإن استويا فمشكل. والله أعلم. فإن لم يتبين في البول أمر أمهل إلى البلوغ، فإن أمنى من أحد الفرجين فواضح أو حصل حيض أو حمل أو نبتت له لحية أو ثدي/ حكم له بما يقتضيه. قال العقباني: ولا شك أن أقوى ذلك الولادة، فإن حصل ولادة من البطن قطع بالأنوثة أو من الظهر قطع بالذكورة، إلا أنها لا يكاد يقطع بها، وقيل إنها نزلت بعلي رضي الله عنه وهي أن رجلا تزوج بابنة عمه وكانت خنثى فوقعت على جارية لها فأحببتها فقال له علي هل أصبتها بعد إحبال الجارية قال: نعم. قال علي إنك لأجرأ من خاصي الأسد فأمر علي بعد أضلاع الخنثى فإذا هو رجل فزيه بزي الرجال، وانظر لو وقع مثل هذا فإن وقعت الولادة من الظهر والبطن فالظاهر عندي أن الحكم لولادة البطن لأنها قطعية، وقد روي عن قاسم بن أصبغ أنه رأى بالعراق خنثى ولد له من صلبه وبطنه. قال العقباني: وانظر أي نسب بين المولودين وهل بينهما توارث؟ والظاهر لا نسب بينهما ولا ميراث، وفي جواز النكاح بينهما إن [كانا²⁵²⁵] ذكرا [وأنثى²⁵²⁶] نظر. انتهى.

قلت: ما ذكره من أنه إذا وقعت الولادة من الظهر والبطن فالظاهر عنده أن الحكم لولادة البطن، فكأنه لم يطلع على كلام المقدمات المتقدم. ذكره في الوجه العاشر من أنه يرث من ابنه لصلبه ميراث الأب كاملا ومن ابنه لبطنه ميراث الأم كاملا، وأما ما ذكره من الحكم بين المولودين فقال في التوضيح: قال أبو عبد الله بن قاسم ورأيت لمالك في بعض التعاليق أن مثل هذين لا يتوارثان لأنهما لم يجتمعا في ظهر ولا بطن فليسا أخوين لأب ولا أم انتهى.

قلت: وأطلق الفاكهاني عليهما لفظ الاخوة ونظر فيما إذا ملك أحدهما الآخر هل يعتق عليه أم لا؟ ونصه في شرح قول الرسالة: "ومن [ملك²⁵²⁷] أبويه الخنثى المشكل" إذا ولد له من ظهره وبطنه فملك أحد الأخوين أخاه فهل يعتق عليه؟ لم أر فيه نقلا فليُنظر. انتهى. فعلى ما تقدم من أنه لا نسب بينهما ولا توارث ولا إخوة لأب ولا لأم فلا يعتق أحدهما على الآخر. والله أعلم. وفي الجواهر: إذا كان ذا فرجين فيعطى الحكم لما بال منه فإن بال منهما اعتبرت الكثرة من أيهما، فإن استويا اعتبر السبق فإن كان ذلك منهما معا اعتبرنا اللحية وكبر الشديين ومشابهتهما لثدي النساء، فإن اجتمع الأمران اعتبر الحال عند البلوغ، فإن وجد الحيض حكم به، وإن وجد الاحتلام حكم به، وإن اجتمعا فمشكل، وإن لم يكن له فرج النساء ولا الرجال وإنما له مكان يبول منه انتظر بلوغه، فإن ظهرت علامة [تميز²⁵²⁸] وإلا فمشكل. انتهى. ونقله في الذخيرة، ثم قال [بعده: ²⁵²⁹] وإذا انتهى الإشكال عدت الأضلاع للرجال ثمانية عشر ضلعا من الجانب الأيمن، ومن الأيسر سبعة عشر، وللمرأة ثمانية عشر من كل جانب لأن حواء خلقت من ضلع من أضلاع آدم الأيسر فبقي الذكر ناقصا

2525 * - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من يم 175 وما يابى 299.
 2526 * - في المطبوع أو أنثى وما بين المعقوفين من يم 175 وما يابى 299 ويحيى 522.
 2527 * - في المطبوع مالك وما بين المعقوفين من يم 175 ويحيى 522 وما يابى 299.
 2528 * - في المطبوع تمييز وما بين المعقوفين من يم 175 وما يابى 299 وفي يحيى 522 علامة تميزه ص 431.
 2529 * - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من يحيى 522.

ضلعا من الجانب الأيسر، قضى به علي رضي الله عنه. انتهى. وقال ابن يونس إثر كلامه المتقدم في الأسبق والأكثر: فإن بال منهما جميعا متكافئا فمشكل في حد الصغر، ثم ينظر في كبره وبلوغه فإن نبتت له لحية ولم ينبت له ثدي فهو رجل؛ لأن اللحية علامة التذكير، وإن لم تنبت لحية وخرج ثدي فهو امرأة؛ لأن الثدي يدل على الرحم وتربية الولد، فإن لم ينبتا أو نبتا [جميعا نظرا، فإن حاضت فهي امرأة، وإن احتلم فهو ذكر، فإن حاض واحتلم أو لم يكن شيء²⁵³⁰] من ذلك فمشكل عند من تكلم على الخنثى إلا على قوله شاذة ذهب إليها بعض الناس أنه ينظر إلى عدد أضلاعه، ثم ذكره القرافي وزاد إن الله سبحانه وتعالى لما خلق آدم ألقى عليه النوم فاستل من جانبه الأيسر ضلعا خلق منه حواء. ثم قال: وعند هذا القائل لا يكون مشكلا في صغر أو كبر.

متن الخطاب

قال أيوب: وإليه ذهب الحسن البصري، وتبعه عمرو بن عبيد قال: والجماعة على خلافهما. انتهى. وذكر العقباني قول من يعد الأضلاع، وقال إن منهم من يقول أضلاع الرجل ستة عشر وأضلاع المرأة سبعة عشر ومنهم من يقول أضلاع الرجل سبعة عشر وأضلاع المرأة ثمانية عشر، / واتفقوا على أن أضلاع الرجل تساوي أضلاع المرأة من أحد الجانبين، واختلفوا من أي جانب الزيادة، والذين قالوا إن المرأة تزيد بضلع اعتمدوا في ذلك ما رواه الطبراني عن بعض التابعين، ورواه ابن عباس أن حواء خلقت من ضلع من أضلاع آدم وهي القصرى استلت منه وهو نائم وأيد هذا بما في الصحيحين من قوله عليه السلام: {إن المرأة خلقت من ضلع أعوج¹} الحديث، وفي إثبات الأحكام بمثل هذا ضعف، والعيان يدل على خلافه، فقد أطبق خلق كثير من أهل التشريح على أنهم عاينوا أضلاع الصنفين متساوية العدد. انتهى. والضلع بكسر الضاد المعجمة وفتح اللام وتسكين اللام جائز. قاله في الصحاح. وقول علي رضي الله عنه: "أجرأ من خاصي الأسد فأجرأ بالهمز من الجرأة وهي الشجاعة، وخاصي الأسد بلا همز من خصي يخصي. والله أعلم. ولم يعتبر الشافعية الأضلاع ولا اللحية ولا الثدي ولا نزول [المني²⁵³¹] على الأصح عندهم، وذكروا له علامة أخرى وهي ميله إلى أحد الصنفين، وقالوا إنه يصدق في ذلك.

432

الثالث عشر إذا حكم له بأحد الأمرين بعلامة ثم حدثت علامة أخرى: قال العقباني: لم أقف فيه على شيء إلا ما رأيته لبعض أشياخي، ونصه: إن حكم له بأنه ذكر بعلامات، ثم جاءت علامات أخرى تدل على أنه أنثى أو بالعكس لم ينتقل عما حكم به أولا كأن يكون يبول من الذكر ثم جاء الحيض، أو كان يبول من الفرج ثم جاءت اللحية. قال الشيخ: كذا كان الشيخ يقول. انتهى. وللشافعية قريب من ذلك وهو أنه إذا ظهرت علامة ميله إلى جهة الرجال وقبل قوله في ذلك، ثم ظهرت علامة أخرى غير الولادة لم يبطل قوله، وتقييدهم بغير الولادة ظاهر. والله أعلم.

1 - مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، رقم الحديث 1468، ط. دار إحياء التراث العربي، ولفظه عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، إن المرأة كالضلع إذا ذهبت تقيمها كسرتها وإن تركتها استمنت بها وفيها عوج. - البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 5186، ط. دار الفكر.

الحديث

2530 - ساقطة من المطبوع ويم 175 ويحيى 522 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 431.
2531 - في المطبوع وما يابى 300 يحيى ص 181 يم ص 155 اللبن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 432.

الرابع عشر في حكم نكاحه يمتنع النكاح في حقه من الجهتين. قال ابن عرفة في باب النكاح: عبد الحق: لا يوطأ ولا يوطأ، وقيل يوطأ أمته. انتهى. وفي التوضيح هنا ابن القاسم يمتنع النكاح من الجهتين. انتهى. وفي كلام اللخمي إثر ما تقدم له عن ابن حبيب: ولا يجوز له نكاح يريد لا ينكح ولا ينكح انتهى. وقال الشافعية إنه يخير في أن ينكح بأحد الجهتين، وقال ابن عرفة في أول كلامه: لا ينكح ولا ينكح. ابن المنذر عن الشافعي: ينكح بأيهما شاء ثم لا ينتقل عما اختاره. انتهى. قال العقباني بعد نقله قول الشافعي: ولعله يريد إذا اختار واحدا وفعله، أما مجرد الاختيار دون فعل فلا ينبغي أن يمنعه من اختيار [الطرف²⁵³²] الآخر ثم إنه بحث في إباحة النكاح فانظره ونحوه في ابن يونس.

متن الخطاب

الخامس عشر في حكم شهادته. قال ابن عرفة: اللخمي عن ابن حبيب: ويحكم فيه بالأحوط في صلاته واستتاره وشهادته. قال العقباني: سلوك الأحوط في شهادته أن لا تقبل إلا في الأموال ويعد في شهادته امرأة

السادس عشر في سهمه في الجهاد إذا غزا. قال ابن عرفة في مختصر الحوفي: وسهمه في الجهاد ربع سهم واستشكل، [وقيل²⁵³³] نصف، وقال في مختصره الفقهي: وفي كون الواجب له إن غزا ربع سهم أو نصف سهم. نقل الصقلي عن المذهب مع قول عبد الحق وابن عبد الحكم مع نقل الشعبي عن بعض أهل العلم.

السابع عشر في حده إذا زنى بذكره أو فرجه أو زني به. قال ابن عرفة: قال -يعني أبا عمران- قيل إن زنى بذكره لم يحد لأنه كأصبع وبفرجه يحد. المتيطي: في حده إن ولد من فرجه قولاً بعضهم وأكثرهم لحديث: {ادروا الحدود بالشبهات¹} واختاره بعض الموثقين ونزلت بجيان فاختلف فيها فقهاؤنا فأفتى ابن أيمن وغيره بنفي الحد ووضع الخنثى ابناً ومات من نفاسه. قال ابن عرفة: فيتحصل في حده ثالثاً إن ولد، وينبغي أن يتفق عليه لأن ولادته من فرجه دليل على أنوثته، ومفهوم أقوالهم أنه إن زنى بذكره لم يحد ورأيت في بعض التعاليق مثله لابن عبد الحكم قال ويؤدب ومثله في نوازل الشعبي عن بعض أهل العلم، وفي بعض التعاليق عن/ [ابن²⁵³⁴] عبد الحكم من وطئ خنثى غصبا حد زاد الشعبي عن بعض أهل العلم وعليه نصف المهر.

قلت: هذا على قول الأقل، وعلى قول الأكثر وابن أيمن لا يحد إلا أن يقال إشكاله كصغر الأنثى يحد واطئها ولا تحد، وفيه نظر.

433

1 - عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الحدود، دار الفكر بيروت، ج 8 ص 238.

الحديث

2532 - في المطبوع العرف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 432 ويم ص 155 ويحيى ص 181 ومايaby 300.

2533 * - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من يم 176 ومايaby 300.

2534 * - ساقطة من وما بين المعقوفين من يم 176 ومايaby 301.

قلت: الأظهر أنه إن زنى بفرجه وذكره حد اتفاقاً. انتهى. واقتصر ابن يونس وعبد الحق [على] ²⁵³⁵ أنه إن زنى بذكره لا يحد، وإن وطئ في فرجه كان عليه الحد، ونقله أبو الحسن ولم يحك غيره. الثامن عشر: في الكلام على قذفه. قال ابن عرفة: حد قاذفه يجري على حده. التاسع عشر: في سجنه إذا سجن ويسجن [وحده] ²⁵³⁶ لا مع الرجال ولا مع النساء. نقله ابن عرفة عن بعض التعاليق.

العشرون: في إمامته تقدم في فصل الجماعة أن إمامته لا تجوز، وتبطل صلاة من اقتدى به الحادي والعشرون: في محله في صلاة الجماعة. قال ابن عرفة عن اللخمي: ويتأخر عن صفوف الرجال، ويتقدم على صفوف النساء، وسيأتي في الثاني والعشرين كلام ابن عبد الحق وابن يونس. الثاني والعشرون: في استتاره في الصلاة. تقدم في كلام ابن عرفة عن اللخمي أنه يحتاط. قال العقباني: فليستتر ستر النساء، وقال في تهذيب عبد الحق: ولا يصلي إلا مستترا في آخر صفوف الرجال وأول صفوف النساء. انتهى. وقال ابن يونس: قال بعض فقهاءنا: ولا يصلي إلا مستترا في آخر الرجال وأول صفوف النساء.

الثالث والعشرون: قال العقباني: انظر هل يقرأ في الصلاة الجهرية سرا ويسجد، أو يقال إنما السجود للسهو؟ ألا ترى أن من عجز عن الجهر وقدر على السر لا يسجد. انتهى. الرابع والعشرون: في مس فرجه هل ينقض وضوءه؟ تقدم للمصنف في فصل نواقض الوضوء أنه ينقض وقال الشارح إنه مخرج على من أيقن بالوضوء وشك في الحدث، والمذهب [في] ²⁵³⁷ ذلك وجوب الوضوء.

الخامس والعشرون: في حكمه في اللبس في الحج. قال ابن عرفة عن بعض التعاليق إنه يلبس ما تلبس المرأة ويفتدي. ابن عرفة: ظاهره يلبس ما تلبسه المرأة ابتداء، والأظهر أن ذلك فيما يجب على المرأة ستره وفي غيره لا يفعله ابتداء فلا يلبس إلا لحاجة. انتهى. وهذا هو الظاهر، وقال سند: وإذا لم يجد يوم عرفة مركوباً يقف عليه للدعاء دعا جالسا كالمرأة، ولا يقف كالرجل. انتهى. قاله في باب الحج.

السادس والعشرون: يحتاط في الحج فلا يحج إلا مع ذي محرم، لا مع جماعة رجال فقط ولا مع نساء فقط. ابن عرفة: إلا أن [يكن] ²⁵³⁸ جواريه أو ذوات محارمه. انتهى.

السابع والعشرون: فيمن يغسله إذا مات. قال ابن عرفة في النكاح في بعض تعاليق أبي عمران عن ابن أخي هشام: إن مات اشترى له خادم تغسله. انتهى. ووجهه واضح لأنه إن كان ذكراً فهي أمته، وإن كان أنثى [فهي] ²⁵³⁹ امرأة، إلا أنها تؤمر بستره، وهذا مما يدل على أنه أحد الصنفين

2535 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 523 وما يابى 301.

2536 - في المطبوع وحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 433 ويم 176 ويحيى 523.

2537 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يم 176 وما يابى 301 ويحيى 523.

2538 - في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من منح الجليل، ج 9 ص 719.

2539 - في المطبوع فهو وما بين المعقوفين من يحيى 524 ويم 176 وما يابى 301.

متن الخطاب في نفس الأمر، ولكننا لم نطلع عليه، وهذا إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال وأمكن أن تشتري من بيت المال فالظاهر أنه يشتري له منه جارية، فإن لم يمكن ذلك فالظاهر أنه [بيمم].²⁵⁴⁰ انتهى. وقد صرح بذلك الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة عند قوله: وإن كان مع الميتة ذو محرم منها، ونصه: وإن مات المشكل فإنه يشتري²⁵⁴¹ له جارية من ماله تغسله إن كان له مال، فإن لم يكن له اشترت له من بيت المال إن كان هناك وإن لم يكن يمم ودفن.

الثامن والعشرون: في موضع نعشه في صلاة الجنائز، وقد تقدم ذلك في صلاة الجنائز في كلام المصنف.

التاسع والعشرون: في محل وقوف الإمام في الصلاة عليه لم أر فيه نصا والظاهر أنه يقف عند منكبيه احتياطا وهذا على جهة الأولى. والله أعلم.

الثلاثون: في ديته. قال السهيلي: ديته كإثته أي نصف دية ذكر ونصف دية أنثى، وكذا قال [القلشاني]²⁵⁴² في جوابه المنظوم في مسائل الخنثى، وقال ابن عرفة: وفي نوازل الشعبي عن بعض أهل العلم في قطع ذكره نصف ديته ونصف حكومته.

الحادي والثلاثون: إذا ادعى مشتري واحد من الرقيق أنه خنثى غطى فرجه ونظر الرجال ذكره وغطى ذكره ونظر النساء فرجه.

434

الثاني والثلاثون: إذا ادعى أحد الزوجين بعد النكاح أنه خنثى. قال ابن عرفة: إنه مثل مسألة الرقيق. قال: ونزلت بتونس وفسخ نكاحها، وفي نظر الرجال لذكره والنساء لفرجه على القول بالنظر للفرج في عيب الزوجين احتمال للفرق بتحقيق ذكورة الرجل.

الثالث والثلاثون: هل يوجد [الخنثى]²⁵⁴³ في غير الآدميين قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قال صاحب التنبيه في أول كتاب [الزكاة]:²⁵⁴⁴ يقال ليس في شيء من الحيوانات خنثى إلا في الآدميين والإبل. قال النووي: قلت: وقد يكون في [البقر،²⁵⁴⁵] وقد جاءني جماعة أثق بهم يوم عرفة سنة أربع وسبعين وستمائة [فقالوا]²⁵⁴⁶ إن عندهم بقرة خنثى ليس لها فرج الأنثى ولا ذكر الثور، وإنما لها خرق عند ضرعها يجري منه البول، وسألوا عن جواز التضحية بها فقلت لهم تجزىء لأنها ذكر أو أنثى وكلاهما يجزىء ليس فيه ما ينقص اللحم وأفتيتهم فيه. انتهى.

قلت: [وهذا]²⁵⁴⁷ مما يدل على ما تقدم أن الخنثى ليس خلقا ثالثا وفي [إجزاء]²⁵⁴⁸ [التضحية به

2540 - في المطبوع يمم وما بين المعقوفين من يحيى 524 وما يابى 302 ويم 176.

2541 - في ما يابى 302 فإنه تشتري.

2542 - في المطبوع المقلشاني وما بين المعقوفين من يحيى 524 ويم 176 وما يابى 302.

2543 - في المطبوع لخنثى وما بين المعقوفين من ن عود ص 434 ويم ص 155 ويحيى ص 182 وما يابى 302.

2544 - في المطبوع لزكاة وما بين المعقوفين من ن عود ص 434 ويم ص 155 ويحيى ص 182 وما يابى 302.

2545 - في المطبوع ولبقر وما بين المعقوفين من ن عود ص 434 ويم ص 155 ويحيى ص 182 وما يابى 302.

2546 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من منح الجليل، ج 9 ص 720.

2547 - ساقطة من المطبوع (ويحيى ص 182 وهذا يدل) وما بين المعقوفين من ن عود ص 434 وما يابى 302.

2548 - ساقطة من المطبوع (ويحيى ص 182 وهذا يدل) وما بين المعقوفين من ن عود ص 434 وما يابى 302.

نص خليل

متن الخطاب 435 بحث ثالث من جهة أخرى وهو أنه ناقص الخلقة إلا أن يقال إن هذا النقص لا يضر بمنزلة الخصاء، وهذا هو الظاهر. والله أعلم. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً./

الحديث

36	تلفيق شاهد بالنصب لأخر على إقراره به
36	وإن ادعت استكراها على غير لائق الخ
37	مسألة قال ابن كنانة أكره أن يأخذ من شجرة غيره غرسا
37	مسألة من استهلك فرد خف لرجل الخ
38	باب الاستحقاق - حقيقته وحكمه وسببه وشروطه
39	الماتع من الاستحقاق فعل وسكوت
40	وفاتت بحرثها فيما بين مكر ومكر
40	وللمستحق أخذها ودفع كراء الحرث الخ
41	الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون الغلة له
44	طرو ذي دين على وارث
44	وإن غرس أو بنى قبل للمالك أعطه قيمته الخ
45	حكم الأرض المستحقة بحبس
46	ضمان قيمة المستحقة وولدها يوم الحكم
48	وإن هدم مكرت تعديا فللمستحق النقص وقيمة الهدم
49	وله هدم مسجد
50	وإن استحق بعض فكالبيع
50	وله رد أحد عبيدين استحق أفضلهما بحرية
53	كعلمه صحة ملك باتعه
53	لا إن قال داره
57	باب الشفعة - الأصل في تسميتها بذلك
58	الشفعة بين المسلم والذمي
59	لا شفعة بالجوار والملاصقة
59	وجمع دور وأقربة
60	الشفعة في الكراء
60	وخيار أحدهما كالبيع
64	الشفعة بمثل الثمن إن كان مثليا
64	ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا
66	أو قيمة الشقص في كخلع
66	كشجر وبناء بأرض حبس أو معبر
67	أشياء تسقط بها الشفعة
67	لا شفعة في عرصة وممر
70	الغالب على شفعته وإن طالت غيبته
70	تصديق الشفع الحاضر إن أنكر علمه
72	وشفع لنفسه أو لغيره آخر
73	أو أنكر المشتري الشراء وأقر به باتعه

2	أركان الوديعة
3	إن تلف بعض المخلوط فيبينهما إلا أن يتم يز
4	تحريم سلف المقوم والمعدم وكراهة النقد والمثلي
4	كراهة التجارة بالوديعة والريح للتاجر
5	وبرئ إن رد غير المحرم
6	وبإداعها وإن بسفر
6	وبنسبائها في موضع إيداعها الخ
7	لا ضمان في إيداع زوجة أو أمة اعتدنا بذلك
8	وبدفعها مدعيا أنك أمرته به
8	وبموته ولم يوص بها ولم توجد
10	وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به علي الخ
10	وبدعوى الرد على وارثك أو المرسل إليه المنكر
14	وبمنعها حتى ياتي الحاكم إن لم تكن ببينة
15	وإن أودع اثنين جعلت بيد الأعدل
15	وإن أودع صبيا إلى قوله لم يضمن
16	باب العارية - حكمها وتعريفها
17	إذا لم تقيد العارية بعمل أو أجل فالتمتع
17	ضمان ما يغاب عليه لا غيره
19	ضمان من قبض ما يغاب عليه لمنفعته خاصة
20	أقسام التعدي على رقاب الأموال سبعة
20	باب الغصب - معناه لغة
21	تعريف الغصب والتعدي والفرق بينهما
22	تأديب الغاصب المميز
22	مدعي الغصب على صالح يؤدب
24	وضمن بالاستيلاء
25	ذبح الغاصب الشيء المغصوب
25	ضمان الغاصب المثلي ولو بغلاء بمثله
25	ضمان من أكره غيره على الإلتلاف
27	إجازة المالك بيع معيب زال عيبه لظن بقاله
27	لزوم قيمة ما دخلته صنعة من مثلي وتعتبر يوم الغصب
30	تعدي المستأجر ونحوه على الدابة
31	مسائل يخبر فيها المغصوب منه بين المغصوب وقيمه
32	إذا صبغ الثوب خير في قيمته وأخذه ودفع قيمة الصبغ
34	القول للغاصب في تلف الشيء ونعته وقدره
35	لرب المغصوب إمضاء بيع الغاصب

109	بعض شروط القراض
110	القراض بالمفشوش من الذهب والفضة
111	أشياء لا يجوز القراض بها
114	وضمن إن خالف
115	كان زرع أو ساقى في موضع جور له
115	والربح لهما ككل أخذ مال للتنمية فتعدى
116	ليس للعامل أخذ قراض ثان إن كان يشغله عن الأول
116	وإن تعدد فالربح كالعامل
117	ولكل فسخه قبل عمله
118	القول للعامل في تلفه وخسره ورده
119	باب المساقاة - تعريفها وما تصح عليه
121	المساقاة بجزء قل أو كثر
122	شرط صحتها أن لا يخرج رب الحائط ما كان فيه
122	صيغة المساقاة
123	وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفا
124	وأنفق وكسا
125	كمارث على الأصح
125	لا أجرة من كان فيه
127	وحملت على أول إن لم يشترط ثان
128	جواز المساقاة على الحائط ولو كان غائبا
128	والنفي للعامل إن سكتا عنه أو اشترطه
129	جواز اشتراط جزء الزكاة على أحدهما
130	وسنين ما لم تكثر جدا بلا حد
130	وعامل دابة أو غلاما في الكبير
131	وقسم الزيتون حبا كعصره على أحدهما
132	جواز تقابلهما هدرا
133	دفع نخله لذي لم يعصر حصته خمرا
133	ومساقاة العامل آخر
134	أحوال المساقاة الفاسدة
139	القول لمدعي الصحة
139	وإن ساقته أو أكرته الخ
140	كتاب الإجارة - معناها لغة وعرفا
140	وإن قصر عامل عما شرط حظ بنسبته
141	باب صحة الإجارة بعائد وأجر كالبيع
141	حدها وحكمها وحكمة مشروعيتها
145	ما يقضى فيه بتعجيل الأجرة

73	وهي على الانصباء
74	وطولب بالأخذ بعد اشتراطه لا قبله
75	وملك بحكم أو دفع ثمن أو إسهاد
76	وإن اتحدت الصفقة الخ
77	وكان أسقط بعضهم أو غاب
77	ولمن حضر حصته
78	وهل العهدة عليه أو على المشتري
79	وأخذ بأي بيع شاء
79	وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري الخ
82	باب القسمة - تعريفها
83	قسمة التهايب كالإجارة
83	قسمة المراضاة كالبيع
84	قسمة القرعة
85	وكفى قاسم لا مقوم
86	إفراد كل نوع في قسمة القرعة
87	وأفرد كل صنف كتفاح
88	وغرس أخرى إن انقلعت
89	لا تجوز شهادة القسام على ما قسموا
89	وفي فقير أخذ أحدهما ثلثيه الخ
90	لا تجوز القرعة فيما فيه تراجع
90	ما يفسد بالقسمة لا يجوز قسمه
91	لا يجبر على قسم مجرى الماء
92	ومنع اشتراء الخارج
93	فإن تفاحش أو ثبتا نقضت
93	كالمرضاة إن أدخلها مقوما
95	وأجبر لها كل إن انتفع كل
95	وللبيع إن نقصت حصّة شريكه مفردة
96	وإن وجد عيبا بالأكثر فله ردها
97	فإن فات ما يبد صاحبه بكههم رد قيمته
98	استحقاق جزء معين أو شائع من حصّة أحدهم
99	طرو غريم أو موصى له أو وارث بعد القسمة
102	وأخرت لحمل لا دين وفي الوصية قولان
104	وقسم عن صغير أب أو وصيه
105	اشتقاق القراض والمضاربة
105	باب القراض - ويسمى المضاربة
106	حكمه وحكمة مشروعيته
107	أول قراض في الاسلام

182	المستأجر أمين
185	ضمان الصانع مصنوعه
186	مسائل تنفسخ فيها الإجارة
186	وصدق إن ادعى خوف موت فنحر
187	أو خلف رب دابة في غير معين وحج
188	أو فسق مستأجر
188	فصل كراء الدواب
189	ضمان المكثري إن عطبت بزيادة المسافة أو حمل تعطب بمثله
191	فصل جاز كراء حمام ودار غائبة
191	ولك فسخ عضوض أو جموح الخ
193	جواز النقد في المأمونة كالنيل والمعينة
195	والقول للأجير أنه وصل كتابا
195	وإن تزوج ذات بيت ولو بكراء فلا كراء
195	وإن غارت عين مكري سنين بعد زرعه الخ
196	وفي الأجرة إن أشبه وجاز
197	لا إن تخالفا في لت السوق الخ
197	وإن ادعاه وقال سرق مني الخ
197	وله وللجمال بيمين الخ
198	اختلافهما في المسافة فقط
198	اختلافهما في المسافة وفي قدر الكراء معا
200	وإن قال اكثريت عشرا بخمسين الخ
201	باب صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلا علم
201	وإن نقد فتردد
202	النفر يتكاثرون السفينة فيحملون فيها طعاما لهم
202	ككراء السفن
204	في كل ما جاز فيه الإجارة
207	باب موات الأرض
207	حريم البير العادية خمسون والتي ابتي عملها خمس وعشرون
208	يجوز للإمام أن يحمي للمسلمين ويمنع أهل الذمة
209	حديث لا حمى إلا الله ولرسوله
212	من حمى النقيع وهل هو بالباء أو بالنون
214	حديث عمر واستعماله هنيا على الحمى
217	جواز حماية الذمي في القريب بإذن الإمام
218	الكلام على الحديث من أحيا أرضا ميتة فهي له
219	إذا أحيا أحد من غير استئذان الإمام تعقبه الإمام
219	جواز قضاء الدين في المسجد بخلاف البيع

147	قوله وإلا فمياومة
147	منع جمع الإجارة مع الجعل
148	حكم اجتماع الإجارة مع البيع
150	أشياء لا تصح الإجارة بها
152	الإجارة على نفص زيتون بما يسقط منه
152	فساد الإجارة على إرضاع صغير بجزء منه
153	كاحصد وادرس ولك نصفه
154	منع كراء الأرض بما تنبت أو بطعام
156	وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن
157	واعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه
157	وكان خطته اليوم بكذا وإلا فبكذا
159	تعليمه بعمله سنة من أخذه
159	وجاز بنصف ما يحتطب عليها
160	كراء دابة لكذا على إن استغنى عنها حاسب
161	جواز استئجار مؤجر
162	وعدم التسمية لكل سنة
163	إجارة عبد خمسة عشر عاما
163	الإجارة على القصاص والأدب
163	الإجارة على طرح ميتة
164	تقييد الصنعة بالزمن أو المحل
167	كفتم لم تعين وإلا فله الخلف على أجره
167	وبيعه سلعة على أن يتجر بثمنها سنة
167	وكظهور مستأجر استؤجر بأكله أكولا
167	ومنع زوج رضي من وطء ولو لم يضر
168	شرح هذه القولة
169	وعلى حفر بير إجارة وجعالة
170	كإيجار مستأجر دابة أو ثوبا لمثله
172	وتعليم فقه وفرائض
172	وقراءة بلحن
173	إجارة المسلم نفسه من الكافر على أربعة أقسام
173	وكراء عبد لكافر
174	وبناء مسجد للكراء
175	كراهة السكنى فوق المسجد
177	شروط المنفعة
178	وأرضا غمر ماؤها ونذر انكشافه
180	ودابة لركوب وإن ضمننت فجنس ونوع ونكورة
181	كأجير لخدمة أجر نفسه

235	ما جعل في سبيل الله من العلف والطعام لا يأخذ منه إلا أهل الحاجة
236	إذا أوقف ماله الفلاني على من سيولد له من ظهره ذكرًا كان أو أنثى
236	إذا كان أهل المرجع أغنياء فقيل يرجع إلى أولى الناس به
236	معنى القول إن أهل الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى
237	نازلة : شخص وقف على أولاده و أولادهم و شرط أن الطبقة العليا تحجب السفلى
238	إتباع شرط المحبس إن جاز كتخصيص مذهب
238	إذا جعله على وجه معين غير محصور كقوله حبس في سبيل الله
239	إذا حبس حبسا على ذكور أولاده وأخرج البنات منهم إذا تزوجن
240	إذا شرط في حبسه أنه إن تمادى به العمر رجع في حبسه وباعه
242	الدخول للمدارس لقضاء الحاجة والشرب من مائها وهو من غير أهلها
243	النظر في الحبس لمن جعله المحبس إليه
245	ليس للنظر أن يولي شخصا آخر خلافا لمن ولاه القاضي
246	إذا تخلى الوصي عن النظر إلى رجل آخر
247	إذا أوصى لرجل من غلة داره بدينار كل سنة
248	إذا شرط المحبس أن من ادعى منهم حاجة فهو مصدق
249	إذا حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين
250	إذا قال الواقف وقف على ولدي وولد ولدي أو قال على أولادي وأولاد أولادي
250	الوقف على من كان بمكة من فقراء الأندلس
253	مسألة سئل عنها والد الحطاب في أرض لعمره ابن العاص أوقفها على ذريته
254	باب الهبة
254	لا يخرج الساكن لغيره و إن كان غنيا إلا لشرط
255	الواهب مخير بين أن يترك شرطه أو يسترد هبته
255	حديث إن الله ليدرا بالصدقة سبعين بابا من ميتة السوء
256	مسألة إذا قال تصدقت بجميع ميراثي أو بميراثي على فلان
257	الواهب من له التبرع و ليس التبرع بأعرف من الهبة
257	من وهب دينًا له عليك فقولك قد قبلت قبض
258	نصح هبة الدين وقبضه كقبضه في الرهن
258	قبض الدين بالإشهاد والجمع بين الغريبين إن كان على غير المرتهن

	والصرف
219	ما ينهى عن فعله في المسجد
220	الكلام على إخراج الريح في المسجد
220	جواز إدخال دابة الغريب في المسجد إذا لم يجد من يدخلها
220	لا خلاف أن لظاهر المسجد من الحرم ما لداخله
221	البيع وإنشاد الضالة في المسجد
222	الوضوء في المسجد أو صحفه في طست أم لا
223	إذا حرت جار لك على غير أصل ماء
223	باب في الوقف
224	إذا كان علو وسفل لرجلين قارب الدار تحببس ذي سفل
224	جواز وقف العقار سواء كان شائعا أو غير شائع
225	أبنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست ملكا لأرباب الدور
225	إذا أقر بعض الورثة بتحبيس ربع ورثته نفذ إقراره في حظه فقط
226	لا يجوز وقف الدار المستأجرة
227	جواز كراء أرض عشر سنين لتتخذ مسجدا
227	حديث من احتبس فرسا في سبيل الله وذكر من غلط فيه
227	منع وقف الطعام وكراهية وقف ما لا يعرف بعينه
227	هل يصح تحبيس الثياب أم لا
228	إذا وقف على من سيولد له
228	تعريف ابن عرفة المحبس عليه
228	لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله
229	يجب أن يتبع قول المحبس في وجوه تحبيسه
230	الكافر لا تلزمه القرية
230	بطلان الوقف على المعصية والنظر في المكروه
230	يجوز الوقف على الذمي
231	الوقف على بنيه دون بناته وشرطه إخراجهن إذا تزوجن
231	حوزه الوقف لصغار بنييه والنظر فيه
231	حيازة السفية جائزة على القول الراجح
232	الأصل في الصغير حيازة وليه له فإن حاز لنفسه صح حوزه
233	الصيغة التي يلزم بها الوقف أو ما يقوم مقامها
233	حوز الحاضن والحاجر
233	لا يبطل الوقف بسبب التعقيب
234	لفظ الصدقة لا يفيد التأبيد إلا إذا قارنه قيد

275	التقاط الصغير ننانير فتاتي أمه به فتزعم أنه التقطها من الطريق
275	مالا عفاص له ولا وكاء من اللقطة يدفع بالاخبار
276	إذا خاف أن يأخذها خافن وجب عليه الانتقاط
276	الانتقاط حرام على من يعلم من نفسه الخيانة ومكره للخائف
277	إذا أمسك الملتقط اللقطة سنة ولم يعرفها
278	اللقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل ذمة
278	تعرف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد
278	لا ضمان عليه إذ دفعها إلى مثله في الأمانة
279	اللقطة بجدها فيعرفها سنة فلا يجد صاحبها فيستفقهها
279	يجوز للملتقط أن يتصدق باللقطة عن ربها
280	رجل دخل حاتوتا رجل بزاز ليشتري منه ثوبا ثم خرج منه
281	إذا أخذ اللقطة على وجه التعريف ثم ردها بالقرب
281	من نوى قرية فلا تلزمه بمجرد النية
282	إذا ضاعت اللقطة من الملتقط فلا ضمان عليه
282	وأما ملتقط اللقطة فلا زكاة عليه
283	إذا أخذ اللقطة ليحفظها ثم ردها ضمن
284	من التقط ما لا يبقى من الطعام فليصدق به
285	حديث مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها
286	رجوع اللقيط على الأب إن طرحة عمدا
287	إذا التقط في قرى الكفر فهو كافر
288	ندبية أخذ الأبق لمن يعرف
289	الأبق يحبس سنة وذلك يختلف باختلاف الأحوال
290	إذا جاء رب الأبق بعد أن باعه الإمام
291	إذا أبق العبد من الذي هو في يده فلا ضمان عليه
292	باب القضاء
293	أهل القضاء
293	علم القضاء متميز عن أنواع الفقه بأمور
294	لطيفة: كتب عمر بن عبد العزيز إلى عامله بالبصرة أن اجمع بين إياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فول القضاء أنفذهما
294	من شروط القاضي أن يكون نكرا فطنا
295	بشروط في القاضي أن يكون عالما
296	يكفي القاضي أن يعرف أن مسألة ليست مجمعا عليها
298	يلزم القاضي إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه
299	انتهاج الهوى في القضاء والفتوى حرام إجماعا

258	لا خلاف أن الذي عليه الدين حائز لمن تصدق عليه
259	امراة تصدقت بكامل صداقها على زوجها الميت
259	رجل اشترى شيئا ولم يقم على الشراء إلا شاهدا واحدا
260	إذا حلف أن لا يأكل الرجل طعاما فدخل ابن الحالف على المحلوف
261	إذا شرط المبتاع سلعاً إن خاصمه فهي صدقة
261	دعوى المدين هبة رب الدين يوجب يمينه اتفاقاً
261	من ادعى هبة ما بيده معينا
262	الفرق بين التبتيل بالنية ونية الإعطاء
262	رجل أخرج مالا بصدقة فعزل منه شيئا سماه بلسانه
263	الهبة تبطل إذا تأخر الحوز حتى أحاط الدين بمال الواهب
263	مسألة من تصدق على رجل بمائة دينار وكتب له كتابا لو كيله
264	حكم الهبة كالصدقة
264	رجوع الرقبة الموهوبة إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب
265	صحة حوز الزوجة دارا تصدق بها زوجها عليها لسكنائها معه
265	من أعطي مالا لاشتغاله بطلب العلم فلا ينفقه في غير ذلك
266	إذا قال قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك
266	الصدقة بالعين على الصغير لا تصح إلا أن يخرجها المتصدق من ماله
267	العمرى جائزه إجماعا وهي أن تقول أعمرتك دارى
267	من حبس دارا أو حائطا على قوم فمات بعضهم
268	معنى الاعتصار الحبس والمنع وقيل الارتجاع
269	إذا وهبت الأم لولدها فإن كان له أب فلها أن تعتصر منه
270	إذا تصدق بحائط فلا يأكل ثمرته
270	جواز الهبة بشرط الثواب
270	كراهية تملك الصدقة بغير ميراث
271	الموهوب إذا عين الثواب لزمه تسليمه
271	هبة أحد الزوجين للأخر
272	الواهب يلزمه قبول القيمة إذا دفعها الموهوب له
273	إذا وجد الموهوب له بالهبة عيبا فله ردها
273	ليس على الفقيه من ضيافة ولا مكافأة
274	كتاب اللقطة
274	من وضع أجباحا في جبل فله ما دخلها من النحل

324	عزل القاضي من قدمه غيره
325	شرح قول خليل ومضى إن حكم صوابا وأدب
325	لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء
326	غير المشهور بالعدالة يعزل بمجرد الشك
326	لا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لده
326	لا تقام في المسجد الحدود وشبهها
327	الجلوس للقضاء بالمسجد أو الرحاب
327	على القاضي أن يبدأ بالكشف عن الشهود والموثقين
328	للحاكم إذا وجد عقد الوثيقة غلطاً أن يقطعه
328	وينادي القاضي بمنع معاملة اليتيم
329	المترجم مخبر
329	وأحضر القاضي العلماء وشاورهم
330	من لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب
331	إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد
331	الإقرار عند القاضي في سلطانه وقبل سلطانه سواء
332	ولا يشتري بمجلس قضائه
333	ويتنزه القاضي من العارية والسلف والإبضاع
333	يكره للقاضي قبول الهدية
336	لا يحكم القاضي مع الدهش ويعزر القاضي شاهد الزور في الملا
336	يحرم على القاضي أخذ الرشوة في الأحكام
337	إذا قال رجل لرجل من سراة الناس كذبت
338	المدعي من عريت دعواه عن مرجح غير الشهادة
338	ينبغي أن يفرد القاضي وقتاً أو يوماً للنساء
339	ليس من تمام الدعوى أن يذكر الصحة
340	إذا ادعى رجل قبل رجل حقاً وكشفه عن بعضها
340	من وجبت له على رجل يمين لبعض ما جرى بينهما
341	مبحث تقديم الوصي
342	إذا أقر المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه لنلا ينكر
342	التعبير بالضيف عن الغريب
343	ينبغي للقاضي تنبيه كل خصم على تقيد ما ينتفع به
345	إذا حلف الخصم بون حضور خصمه لم تجزه اليمين
345	القاضي لا يستحلف الخصم حتى يطلب ذلك خصمه
347	توجيه القاضي من يعز

300	امتناع تولية المقلد مع وجود المجتهد
301	سؤال عن القاضي إذا كان ملتزماً للمذهب المالكي
302	جواز القياس مطلقاً من غير مراعاة قواعده
304	بيان ما يلزم مذهب مالك لمن أراد أن يفتي على مذهبه
305	ينبغي للقاضي أن يكون عالماً بما لا بد له من العربية
306	الذي يفتي في هذا الزمان وما هي أقل مراتبه
306	قواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه
308	شرط المستخلف على مستخلفه الحكم بمذهب معين
309	أول من استقضى معاوية ولم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم قاض
309	نفوذ حكم الاعصى والأبكم والأصم
310	الخصال التي ليست مشروطة في صحة الولاية
311	إذا خيف أن يولى من لا يصلح للولاية
311	القضاء فرض كفاية فإذا انفرد بشرائطه تعين
312	إذا خاف من له أهليته أن يولى من لا أهلية له طلبه
312	حديث ستحرصون على الإمارة وتكون حسرة وندامة
313	ندبة القضاء لتشهير العلم
313	وحرم القضاء لجاهل أو طالع دنيا
314	الفرق بين الورع والنزه
314	من شروط القضاء أن يكون غنيا نسبياً
315	تأديب القاضي من أساء عليه إلا في مثل اتق الله في أمري
316	الكلام على استخلاف القاضي
317	إذا مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البيئات وعدالتها لم ينظر فيه من ولي بعده
318	سؤال في رجل يأتي بكتاب من والي المدينة إلى والي مكة فلا يصل حتى يموت الذي كتب له الكتاب
319	قضاة الكور هم النواب الذين يستخلفهم قضاة القواعد في القرى
319	لفظ الاستنابة والاستخلاف يقتضي النظر
321	للقاضي أن يقدم على المناكح ناظراً
322	للوصي أن يوصي بما إليه وإن يوكل غيره في حياته
322	من التصرفات ما تتوقف صحته على الولاية كالقضاء والوكالة
323	أحكام الحكام نافذة قبل إمضاء الإمام
323	إذا مات المستخلف لم يعزل مستخلفه

366	السفه وترك المروءة جرحه
367	الكلام على سماع القاء
368	الحياكة إن صنعها تصغيراً لنفسه فإنها حسنة
368	شهادة الأعمى في الأقوال المشهور أنها جائزة
369	شهادة الأب مع ولده جائزة على القول المعمول به
369	لا تجوز شهادة الرجل لزوجة أبيه ولا لزوجة ابنه
370	تجوز شهادة الأخ لأخيه والرجل لمولاه أو لصديقه الملائف
372	إذا نقص الشاهد بعض الشهادة ونسي البعض فبرد الجميع
373	إذا شهد الشاهد بحق وأنت تعلم جرحته
373	لفظ لا نعم إلا خيراً لا يفيد التزكية
374	لا تجوز شهادة الأب لابنه على حال
375	إذا كان الشاهد يعلم من نفسه الجرحه
375	مسألة الشاهد يشهد بما لا يرى جوازه
376	إذا ردت الشهادة لظنة أو تهمة فإنها لا تقبل إذا زالت
376	شهادة ولد الزنى أو من حد فيما حد فيه
377	مخاصمة المشهود عليه في حق الله أو حق الأدمي
378	حديث من أصاب من هذه القاذورات شينا الخ
379	الجائز يطلق على ما يشمل المكروه والمباح والمنسوب والواجب
380	الستر في حق من لم يكشف أمره فهذا يسبق حاله لنلا يغتر به
381	الحلف في الشهادة يبطلها
381	حديث من كانت عنده شهادة فلا يقل لا أخبر بها إلا عند حاكم
382	الحرص على الشهادة كالمختفي ليحملها لا يضر
382	وفي محض حق الله تجب المبادرة
383	ليس من شرط صحة الشهادة قول المقر للشاهد اشهد علي
384	إذا غرم الحمل ما تحمل به ثم قدم المطلوب فأنكر
385	شهادة رب الدين للمديان بدين له على شخص آخر لا تجوز
385	مسألة إذا شهد الشاهدان على حكم قاض عزل أو مات
385	مسألة إذا شهد شاهد بطلاق امرأة من زوجها فأثبت زوجها أنه كان يخطبها فهل تسقط بذلك شهادته
385	من شهد شهادة تودي إلى رقه
386	شهادة المنفق عليه للمنفق

347	مسألة ولا يغزر في الشاهدين اللذين يوجههما
348	كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردا
348	من ادعى على رجل بحق فقل المدعى عليه لا أعرفك
349	للقاضي أن يحكم على من تناوله بالقول وأذاه
350	نبذ حكم الجائر وأن القضاة في ذلك ثلاثة
352	إذا شهد الشهود بقطع يد رجل عمدا فاقصص منه
352	للقاضي فسخ حكم قاض على من بينه وبينه عداوة
353	إذا حكم القاضي في مسألة اجتهادية لا نص فيها
353	إذا حكم بطلقة واحدة والزوجة مذهبةا أنها ثلاث
354	حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح مستلزم لحكمه بتحريم رضاع الكبير
354	مسألة ما إذا أسند شخص وصيته على أولاده إلى شخص وأثبت ذلك حاكم مالكي وحكم به فهل للحاكم الحنفى وغيره أن يثبت رشد ذلك المحجور
355	الخصم إذا أقر عند الحاكم فالمشهور لا يحكم عليه ابتداء
356	قول القاضي مقبول فيما قال إنه ثبت عنده أو قضى به
356	كتاب القاضي لا يفيد وحده دون إشهدا أن ما فيه حكمه
357	تحريم الدعوى بشيء ليس هو للمدعى
357	من شهد عليه بحق فأنكر أن يكون المشهود عليه هو
357	يمين الاستبراء ويمين القضاء
358	إذا ادعى الخصم من مسافة الدعوى فما دونها وجبت الاجابة
358	جلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة الدعوى
359	لا يزوج القاضي امرأة ليست بولايته
360	رجل من العمال أكره رجلا أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعه يدفعه إليه
361	إذا سرفت الوديعة ليس للمودع مخاصمة السارق
361	الغائب يقضى عليه بعد الاستيناء
362	لا يمكن القاضي القريب من المخاصمة عن قريبه الغائب
362	للأبن أن يخاصم عن أبيه الغائب في رباة وحيوانه
363	إذا مكن القائم عن الغائب في المخاصمة عنه فيما يدعيه له
363	باب الشهادات
365	تعريف العدالة
365	مما يجرح به الشاهد قيام بينة على أنه كذاب في غير شيء واحد

	أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة
409	طرو الفسق والعداوة على الأصل قبل أداء الفرع يبطل شهادة الفرع
410	لو شهد الشاهد ثم قال بالله الذي لا إله إلا هو ما شهدت إلا بحق
411	إذا علم بعد الرجم أو الجلد أن أحدهم عيّد حد الشهود جميعاً
412	إذا رجع الشهود في شهادة الدخول في مطلقة غرماً نصف الصداق
413	لغز ذكرين يأخذ أحدهما ثلث تركة والده والآخر الثلثين
414	من باع حراً وتعدّر رجوعه وفسخ البيع أن عليه الدية
415	إذا أمكن الجمع بين البينتين جمع
415	إذا ثبت الحق بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد فهل يلزمه نصف الحق
416	التهاوتر والتكاذب من البينتين يحكم بأعدلتهما
417	إذا شهد على أنه يوم عرفة بعرفة وشهد عليه آخرون أنه مصر
419	إذا تعارضت الشهادة بالملك والحوز وأن صحة الملك بالتصرف والحوز وعدم منازع
420	إذا ثبت حكم القاضي بقطع جري الماء في الطريق بينة عادلة
421	إذا قال المدعى عليه أبراني موكلك الغائب
421	إذا كانت الغيبة قريبة كاليومين انتظر
425	اليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هو
426	الكلام على تغليظ اليمين بالمصحف وكونه بالجامع
427	خروج المخدرة لأداء اليمين
427	شخص بيده أمتعة فادعى عليه شخص قريب أنها مخلفة عن موروث مورثه
427	يحلفون في القسامة قياماً
428	إذا اطلع بائع السلعة من وكيل على شرائها
429	إذا ادعى المودع تلف وديعته وادعى هو تعديه
429	إن حقق الدعوى وكانت يمين تهمّة
430	خاتمة كتاب الشهادة في الكلام على الحيازة
431	الحيازة بين الأجانب غير الشركاء يكون في العشرة الأعوام
431	لا يقطع قيام البكر غير المعنسة
431	لا بد من العلم بالملكية والتصرف
433	حديث من حاز شيئاً عشر سنين فهو له
433	مسألة في قتله تجري في أرض رجل والذي تجري عليه

387	شهادة العالم على العالم
387	شهادة الوصي على الميت أوله
387	من شهد لرجل استحق ثوباً أنه له بعته أنا منه
388	الكلام على من يقبل هدية السلاطين ويأكل طعامهم
389	من موانع الشهادة العصبية وهي أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بني فلان أو من قبيلة كذا
390	الكلام على شهادة الكبير مع حضور الصبيان
390	مجيء مجلس القاضي ثلاثاً بلا عذر
390	من الموانع أن يسكن في دار يعلم أن أصلها مغصوبة
391	تجوز شهادة الصبيان ما لم يتفرقوا أو يخبوا
392	الإقرار بالزنا واللواط لا يحتاج إلى شهادة
392	عدم إجازة النظر للفرج في اختلاف الزوجين في العيب
393	ونذب سؤال من شهد على السرقة ما هي وكيف أخذت
394	ثبوت الوصية لغير معين والأدب بالشاهد واليمين
394	ما يقبل فيه شاهد ويمين وامرأتان ويمين وشاهد وامرأتان
395	القصاص في الجراح يثبت بشاهد ويمين
397	من ادعى شيئاً مما يفسد بالتأخير كاللحم ورطب الفواكه
400	من استحققت من يده دابة فسال القاضي وضع قيمتها
401	الشهادة على الخط جائزة في الطلاق والعاق
401	جواز الشهادة على خط المقر
401	رجل قيم عليه بعقد يتضمن إشهاداً على نفسه أنه متى تزوج فلاحة فهي طالق
402	الشهادة على الخط لا تجوز فيما عدا الأموال
403	إذا كان الشهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتى
403	نازلة في رجل شهد على امرأة أنها أوصت لأختها لأنها بثلثها وأدى الشهادة على ذلك وقطع بمعرفتها الخ
404	الكلام على شهادة السماع
404	شهادة السماع في الملك إنما تفيد الحائز فقط
405	فشهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز شيء
406	لا يثبت الحبس حتى يشهدوا للمحبس بالملك
407	التحمل إن افتقر إليه فرض كفاية
407	الكلام على حديث لا أشهد على جور
407	لا تجوز شهادة واحد على شهادة غيره
408	رجلان تحاسباً بحضرة رجلين واشترطاً عليهما

ولدها	
469	الدبة في قطع اليدين
469	المسقل التي انفرد بها مالك ولم يوافقه عليها أحد من أهل الامصار
470	دية من الصغير الذي لم يثغر
471	دية افتضاخ البكر غصبا
472	دية السن خمس من الإبل وهي خمسون دينارا
473	العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث
474	تقليط الدية وأنه يكون في شبه العمد
475	الكلام على فصيلة الرجل ورهطه الأدنى
475	من لا قوم له فالمسلمون يعقلون عنه
476	إذا كان للوث شهود غير عدول
476	من سقت ولدها دواء فأشرف فمات أو انقلبت عليه وهي نائمة
477	القسامة حلف خميس يمينا
478	ما يقتل فيه اثنان بالقسامة الواحدة
479	العدل يرى المقتول يتشطح في دمه
480	إذا لم يخلف المقتول إلا بنتا واحدة حلفت القسامة وأخذت
480	إذا نكلوا أو بعضهم أي أهل القسامة حلفت العاقلة
481	لا يحلف في العمد أقل من رجلين فلا يحلف النساء
482	لا قسامة في الجراح لكن يحلف يمينا الخ
483	الخروج عن طاعة غير الامام لا يسمى بغيا
483	باب الباغية
483	حديث إنما الطاعة في المعروف
484	باب الردة
484	يكره للرجل أن يقتل أباه إذا كان باغيا
485	كفر من يقول بقدوم العالم أو يتناسخ الأرواح
486	كلام الملائكة مع غير الانبياء يصح
487	مال المرتد لو ارثه إذا تاب
487	واسقطت الردة عن المرتد الصيام والصلاة
489	الردة لا تسقط ما تقدم من الطلاق
490	غريبة عن رافضي كفر بالله
490	لا خلاف في وجوب احترام الصحابة وتحريم سبهم
491	تأديب من قال اجتهد واشك للنبي صلى الله عليه وسلم
492	مسألة من قال الفقير الذي لا حاجة له إلى الله
492	من يصبح كل يوم يشغل بالناس و يجعلهم في

434	حديث لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم
435	الحائز لا يطالب بشيء حتى يثبت القائم عليه الملك
436	كان من وجه الحكم أن لا يكلف الذي بيده الضيعة من أين صارت إليه
437	اختلف في الشريك القريب إذا حاز العقار بالبناء والهدم
438	الافتراق بين الدور وغيرها في الحيازة
438	ما تحصل به الحيازة
440	إذا تقرر الدين وثبت لا يبطل
440	الوصي يقوم عليه اليتيم بعد طول الزمان وينكر قبض ماله
441	باب في الدماء
443	حديث رفع القلم عن ثلاث الخ
443	لا شيء على من قتل زنديقا أو زانيا محصنا
446	إذا وقعت الجناية بشروطها فالواجب في ذلك القود
448	إذا قال للقاتل إن قتلتنى إبرأتك أو قد وهبت لك دمي
449	قتل الأدنى بالأعلى كحر كتابي بعد مسلم
450	قتل اليهودي بالمجوسي
452	تخيير الولي بين أن يقتل العبد أو يستحييه
453	إذا قتل ولي الدم العبد فلا إشكال أن ماله لسيده
455	الرجل يكون له الزرع فتغير فيه دواب الناس فتفسده
456	إذا جمح فرساها بهما ولم يقدرا على صرفهما لم يضمنا
457	الضمان وقت الإصابة أو الموت
457	الناقص إذا جرح الكامل فإنه لا يقتص من الناقص
458	لا قصاص في اللطمة وإنما فيها الأدب
459	ليس في جفون العين وأشفارها إلا الاجتهاد
460	في الترقوة والضلوع القصاص
461	إن جرح شخص شخصا جرحا فيه القصاص الخ
462	إذا اجتمع في القيام بالدم نسب وولاء
463	إذا كان أحد الوليين مجنونا مطبقا فلآخر أن يقتل
464	إذا كان للمقتول عمدا ولد صغير وعصبة الخ
467	إذا عفا شخص قطعت يده فمات
467	دية الخطأ على البادي خمسة
467	في الجنين ولو علقه عشر دية أمه
468	الكلام على أن في الجراح حكومة
468	حكم المرأة تشرب الدواء وهي حامل فيسقط

526	جدار رجل بين داره ودار جاره مال ميلا شديدا
527	حكم ما إذا عض شخص يد شخص فسل يده فقلع أسنانه
528	إذا نظر شخص لآخر من كوة فقصده عينه
529	الكلام على دفع الصائل
532	الكلام على العتق والترغيب فيمن أعتق رقبة
533	باب العتق
547	باب التدبير
561	كتاب أمهات الاولاد
572	باب الوصايا
573	وصية السفه والضعف
574	تجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها
575	حكم ما إذا أوصى لحمل امرأة فأسقطته بعد مريت
576	الوصية التي تدل على الوصية
577	جواز تصرف المأذون له في الوصية والهبة
577	قبول الموصى له المعين للوصية شرط في وجوبها
578	المسائل التي تبطل الوصية
578	من أوصى بركة لأغنياء ظنهم فقراء
579	إذا قال أشهد أنني قد أبطلت كل وصية تقممت بطلت إلا إن قال لا رجوع لي
580	إن أوصى بزرع فحصدته فذلك رجوع في الوصية
581	تبطل الوصية إذا كانت بمرض أو سفر
582	لا تبطل الوصية إذا قال متى حدث الموت
583	إذا أوصى بوصية بعد أخرى فالوصيتان
583	من أوصى بشيء لشخص ثم أوصى به لآخر فإتبعها بغيره
584	دخول الفقير في الوصية في المسكين وعكسه
585	إذا سمى الموصي بني فلان فإتبعه بقسم بينهم بالسوية
586	إذا أوصى لوأثت فصار غير وارث
587	إذا أوصى لشخص بشاة أو عدد من ماله شارك بالجزء
588	ذكر من يقدم إذا ضاق الثلث
588	مسألة إذا أوصى بثلاث غنمه فماتت
589	تقديم الزكاة إذا فرط فيها الوصي
590	الكلام على قول المدونة فارعة من رأس ماله
592	الصدقة المبتلة والعطية المبتلة يقدمان على الوصية
593	العتق غير المعين يقدم على الحج

	غير الإسلام
493	معنى من قال - إن من عبادي من لا يوافقني إلا الفقر
494	فصل في الزنا
497	من طلق زوجته قبل البناء ثم وطنها دون تجديد عقد
498	الكلام على الرجم وشروطه
499	تفسير قوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين)
499	ينبغي للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين
500	السرق لا يقيمها إلا الوالي
500	القاعدة أن الحرية لا تستبرأ إلا بثلاث حيض
501	إذا قالت زنيته معه وادعى الوطء والزوجة
502	باب القذف
503	اللقيط هو الملتقط حيث وجد
504	المنبوذ وأحكامه
505	من قال لابن ملاحنة لست لأبيك الذي لأعن أمك
506	سؤال عن رجل قال لشريف ما أنت شريف
507	من قال لرجل يا بن النصراني أو يابن اليهودي
508	ما يلزم فيمن يشتم عمه أو خاله
509	من قال لامرأة يا زانية فقالت بك زنيته
510	هل يجوز للابن حد أبيه
510	يجوز للإسمان أن يقذف من قنفة
511	باب السرقة
512	لا يقطع سارق الكلب ولو كان مأذونا في اتخاذه
513	إذا سرق من حزين قدر نصاب فلا قطع عليه
514	حكم من أزال باب مسجد خفية قصد السرقة
517	إذا تداخلت الحدود كقذف وشرب
517	سقوط الحد إن سقط العضو بسماعي
518	باب المحارب
519	لا ينفي الحر إلا في الزنى والحراية
521	إذا أتى المحارب تائباً قبل أن يقدر عليه
522	لا تجوز الحدود بقضيب ولا شراك ولا درة
523	سنل مالك عن عذاب اللصوص بالدهن وبهذه الخفافيس
524	التغليظ يكون بالزمان والمكان
524	تعزير الإمام لمعصية الله
525	التعزير جائز بشرط السلامة
525	حديث لتشفعوا ولتؤجروا

623	للوحي أن يرسل اليتيم إلى غير البلد الذي هو فيه
624	يصدق الولي في قدر النفقة
625	باب التركة
626	الحقوق المعينة تخرج كلها وإن أتت على جميع التركة
627	الكفن وتجهيز الميت من توابع الحياة
628	إذا أقر المريض بدين و أوصى بركة مال كان فرط فيها
629	المتنح يموت بعرفة هل عليه دم
630	عصب كل أخ واحدة من البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة ولأب
631	الجد والبنت وبنت الابن يعصب كل واحد منهم الأخت الشقيقة والأخت لأب
631	ميراث الزوج في حالة وجود الفرع الربيع
632	الصبي يموت وله أم متزوجة فهل للزوج أن يطأها
633	إذا كان موضع الأخت الشقيقة أو لأب أخ لأب ومعه إخوة أم فليست بأكرية
633	إذا لم يكن للميت من يرثه من الإمام أو وليه
634	إنما يكون هذا لبيت المال إذا كان الإمام عدلا
635	ما أبقت الفروض فلأولى عصبه فإن لم يكن فللموالي
636	إذا اجتمع في شخص سهمان أحدهما بالفرض والآخر بالتعصيب فإيه يرث بهما
637	الاخوات لا يرثن مع الأب
638	إذا قامت بينة على وارث أنه قتل مورثه عمدا
639	للخنثى المشكل نصف نصيب ذكر وأنثى
640	الكلام على الخنثى المشكل
645	شرح وتأخذ من كل نصيب من الاثنين النصف
646	حديث يورث من حيث يبول
648	إذا وجد الخنثى المشكل الاحتلام حكم به
652	هل يوجد الخنثى المشكل في غير الأدميين

596	إذا أوصى بما ليس في التركة
597	إذا كانت من ستة فلهم سهم من ستة الخ
598	الوصايا تدخل في المدير في المرض إذا بطل بعضه
598	من قال أشهدوا أن فلانا وصي ولم يزد على هذا فهو وصية في جميع الأشياء
601	إنما يوصي على المحجور عليه أب أو وصيه
601	من تصدق على رجل بميراثه وأشهد هل يكون ما نص عليه إلا ما استثنى أم لا
602	لا يكون وصي العم والجد وصيا
603	الوصي على الثلث إذا باع بإذن الورثة
603	الوصي يبيع المتاع بغير إذن الورثة
603	لا يكون وصيا على محجور إلا بتقديم السلطان
605	إذا أوصى بمنفعة معين كسكنى دار فينظر إذا حملها الثلث
605	لا يقسم الوصي على الغيب الكبار ولا يبيع لدين ولا لغيره
606	إرسال القاضي والوصي مال الورثة
607	مسألة إذا أوصى بوصية وجعل تنفيذ الوصية إلى رجل أجنبي وشرط في تنفيذ الوصية دون مشورة قاض
608	الرجل إذا استخلف على تنفيذ وصيته وارثا من ورثته
609	ولو أمرته بصدقة على قوم معينين فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصه من كذبه
610	سؤال عن امرأة هلك زوجها وأوصى إليها بولدها وبما كان له من مال فتزوجت المرأة وخيف على المال
611	إذا أوصى الميت إلى وصيين فليس لأحدهما تصرف دون صاحبه
611	إن كان في الورثة غائب كبير لم تجز قسمة الوصي عليه
613	إذا قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون إذن صاحبه
614	للوحي اقتضاء دين الميت
615	أجمع أهل العلم أن أكل مال اليتيم ظلما من الكبائر
615	إخراج الوصي عن الصبي فطرته وزكاة ماله
615	أكل الفقير المحتاج من مال اليتيم
616	للوحي أن يعطي مال اليتيم مضاربة أو قراضا
619	ليس للوصي أن يصالح عن الأيتام
620	لا يشتري الوصي من التركة ولا يوكل ولا يدس فإن فعل تعقب
621	ليس للوصي أن يعزل نفسه بعد موت الوصي
622	ليس للقاضي أن يعزل الوصي بعد الموت والقبول

لِحْطَاب

مَوْلَاهُ الْجَلِيلُ فِي شَيْءٍ مُخْتَصَرٍ لِّلشَّيْخِ خَلِيلٍ

تأليف إمام المالكية في عصره:

أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي

الشَّهيد بِالْحَطَّاب 902 هـ - 954 هـ

وَمَعَهُ

مُخْتَصَرُ الشَّيْخِ خَلِيلٍ

تأليف الشيخ خليل بن اسحاق الجندى المالكي

(ت، 776 هـ)

بِتَعْلِيمِ

الشيخ محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي

(ت، 1349 هـ)

رُصِّحَ وَتَحْقِيقُ دَارِ الرُّضْوَانِ لِلنَّشْرِ

إمعان صحيح الحديث وتوجيه

إمعان الصحيح

الشيخ اليدالي بن الحجاج أحمد

الشيخ محمد سالم بن محمد علي بن عبد الوود (عدود)

اليعقوبي الشنقيطي

المباركي الشنقيطي

المقدمة بقلم الدكتور محمد بياض بن محمد ناصر

كلية الآداب - جامعة نواكشوط

المجلد الثاني

النَّاشِرُ دَارُ الرُّضْوَانِ لِصَاحِبِهَا أَحْمَدَ سَالِكِ بْنِ مُحَمَّدِ الْأَمِينِ بْنِ أَبَوَيْهِ

نواكشوط - موريتانيا

© حقوق النشر والطبع محفوظة للناشر

تنبيه: يمنع استنساخ هذا الكتاب أو جزء منه بأي وسيلة من وسائل الاستنساخ
حديثة أو تقليدية دون إذن خطي من الناشر؛ كما لا يجوز الاستشهاد منه دون الإحالة
إليه.

الإيداع القانوني رقم: 1046 – 2010
لدى المكتبة الوطنية وزارة الثقافة والشباب والرياضة
نواكشوط – موريتانيا

الناشر : دار الرضوان للنشر
لصاحبها : أحمد سالك بن محمد الأمين بن أبوه

الطبعة المحققة الأولى 1431 / 2010

بسم الله الرحمن الرحيم

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنْ هَدَانَا اللَّهُ .
 إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ
 وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا .

{ اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد اللهم بارك على محمد وعلى
 آل محمد كما باركت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد } .
 { اللهم صل على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما } .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُوا الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ
 الْحَكِيمُ ﴾ (١٨) آل عمران: ١٨

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَمَا كَانِ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي
 الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾ (١٣٢) التوبة: ١٢٢
 قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ (١١)
 المجادلة: ١١

{ من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين } . مرواه البخاري ومسلم

{ إنما الأعمال بالنية } . مرواه البخاري ومسلم

{ إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد

صالح يدعوله } . مرواه مسلم

محتويات الكتاب

المجلد الأول:	يبدأ من مقدمة المؤلف وينتهي بكتاب الطهارة
المجلد الثاني:	يبدأ من كتاب الصلاة وينتهي بنهاية كتاب الصلاة
المجلد الثالث:	يبدأ من كتاب الزكاة وينتهي بكتاب الحج
المجلد الرابع:	يبدأ من كتاب الزكاة وينتهي بكتاب النكاح
المجلد الخامس:	يبدأ من كتاب البيوع وينتهي بكتاب الاستحقاق
المجلد السادس:	يبدأ من باب الإيداع وينتهي بنهاية الكتاب
المجلد السابع (الفهارس):	
فهرسة آيات القرآن الكريم	من ص. 1 إلى ص. 36
فهرسة الحديث الشريف	من ص. 37 إلى ص. 168
فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد	من ص. 169 إلى ص. 382
فهرسة الأعلام	من ص. 383 إلى ص. 455
فهرسة الكتب	من ص. 457 إلى ص. 498
فهرسة الشعر	من ص. 499 إلى ص. 510
مراجع التحقيق	من ص. 511 إلى ص. 512

اختصارات:

- نسخة الشيخ أحمد بن أحمد بن أبي حنيفة؛
- نسخة الشيخ محمد بن عبد الوالد بن عبد الوالد؛
- نسخة الشيخ أحمد بن حبيب بن الزائد؛
- نسخة المعهد الموريتاني للبحث العلمي؛
- نسخة الشيخ سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم؛
- نسخة الشيخ سيدي بن الهيب؛
- نسخة أهل ماياي (محمد الكرامي)؛
- نسخة أهل يا متالي (محمد بن يا متالي)؛
- نسخة زاوية الهامل، مدينة بوسعادة، ولاية بسكرة، الجزائر؛
- وضعت نجمة (*) بعد رقم الهامش للتصحیحات التي أضافتها دار الرضوان ولم تصح من لدن الشيوخ
- وضعت خطأ مائلا (/) عند بداية كل صفحة من صفحات طبعة 1328هـ.
- يرد حرف الحاء هكذا: ح .. هي حاء مهملة مفردة والمختار أنها مأخوذة من التحول لتحوله من الإسناد إلى إسناد... النووي على مسلم، ج. 1، ص. 38.

بعض اصطلاحات المالكية

الاخوان	الإمام	الشيخ	الشيخان	الصقليان	القاضيان	القرينان	محمد	المحمدان	المحمودون
مطرف وابن الماجشون	المازري	ابن أبي زيد	ابن أبي زيد وابن زيد	ابن يونس وعبد الحق	ابن القصار وعبد الوهاب	أشهب وابن نافع	ابن المواز	ابن المواز وابن سحنون	ابن عبد الحكم وابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون

الاختصارات الواردة في تعليقات الشيخ محمد يحيى بن أبوه الموسوي اليعقوبي
على مختصر الشيخ خليل

بن:	الشيخ محمد البناني
تت:	التتائي
الثمان:	ثمان الدرر للشيخ عبد القادر بن محمد بن محمد سالم
ح:	أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب
خش:	أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي
س:	سالم السنهوري
سر:	الميسر للشيخ محض بابيه بن عبيد
سق:	محمد بن عرفة الدسوقي
الشارح:	بهرام أبو عبد الله الدميري
شب:	الشبرخيتي
ضريح:	التوضيح للشيخ خليل بن إسحاق
طفى:	مصطفى الرماصي
عب / عبق:	سيدي عبد الباقي الزرقاني
عج:	علي الأجهوري
عدوي:	علي بن أحمد الصعيدي العدوي
غ:	محمد بن أحمد بن غازي العثماني
ق:	أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق
القاموس:	مجد الدين الفيروزبادي
كلمة (نص):	تعني تعليقات الشيخ محمد يحيى على مختصر الشيخ خليل .
ما بين المعقوفين []:	هو ما تم تصحيحه
المطبوع:	طبعة دار السعادة 1328-1329 هـ ومكتبة النجاح، ومطبعة الفكر 1978 م
مق:	ابن مرزوق